

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

ET

UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE (FRANCE)

L'EFFECTIVITÉ JURIDIQUE DU DROIT À LA LIBERTÉ DE
MANIFESTATION. ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ FRANCE, CANADA,
ESPAGNE

THÈSE

PRÉSENTÉE EN COTUTELLE
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DU DOCTORAT EN DROIT

PAR

STEPHANY SUN TROYA

AVRIL 2021

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de cette thèse se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.04-2020). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Au delà des difficultés qu'impliquent la réalisation d'une thèse, celle-ci s'inscrivait dans le cadre particulier de la cotutelle entre deux universités qu'un océan sépare. Si je ne me rendais pas compte des obstacles qui m'attendaient malgré les avertissements répétés d'anciens doctorants et de mon directeur de thèse, le professeur Otto Pfersmann, ma persévérance mais surtout les soutiens qui m'ont accompagné tout au long de ce parcours m'ont permis d'arriver aux termes de ce travail de recherche. Je tiens ici à les remercier.

Je souhaite, en premier lieu, remercier le professeur Otto Pfersmann qui a su me transmettre le goût pour le droit comparé dans le cadre du master de droit public comparé européen qu'il dirigeait à Paris I et que j'ai suivi avec grand intérêt en 2012. Sans son soutien constant et ses encouragements indéfectibles tout au long de ces dernières années, ce travail de thèse n'aurait jamais vu le jour.

J'aimerais ensuite remercier le professeur Hugo Cyr pour le temps et la confiance accordés me permettant de réaliser ce doctorat en cotutelle. Grâce à lui, j'ai pu avoir accès au parcours doctoral de l'Université du Québec à Montréal et m'ouvrir à une nouvelle culture juridique passionnante. Cela a fait accroître et confirmer mon intérêt pour le droit comparé.

Je tiens à remercier chaleureusement tous les professeurs et le personnel de l'UQAM que j'ai pu croiser sur ma route, pour leur accueil toujours chaleureux et leur précieuse aide qui ont rendu cette thèse en cotutelle réalisable.

Je remercie également les membres de l'École doctorale de droit comparé de Paris I et plus particulièrement Madame Claire Flavigny pour son optimisme à tout épreuve et son soutien.

J'adresse ici également mes remerciements à Madame Marina Krivitsky pour m'avoir facilité l'accès à certains ouvrages essentiels à ma recherche ainsi que Madame Itziar Gomez Fernandez qui m'a permis de faire plusieurs séjours de recherche au Tribunal constitutionnel de Madrid et d'avoir accès à de précieuses ressources espagnoles.

Enfin, je tiens ici à exprimer ma profonde gratitude à mes proches, en particulier à ma mère et à mes amis de France et du Québec qui ont rendu ce long parcours moins solitaire et qui, chacun à leur manière, ont su m'apporter le soutien nécessaire pour surmonter les nombreux obstacles mais aussi célébrer chacune des étapes franchies jusqu'à l'aboutissement de cette thèse.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	13
ABSTRACT	14
INTRODUCTION GÉNÉRALE	15
1. La notion de droit fondamental	19
2. L'objet de la manifestation	23
3. Les enjeux d'un droit fondamental effectif de manifester en droit comparé français, espagnol et canadien	26
4. Question de recherche	30
5. La thèse soutenue	31
6. Le cadre méthodologique	32
a. L'apport de l'approche normativiste	33
b. L'approche comparée et le choix des pays	34
7. Le plan de l'étude	38
PREMIERE PARTIE - LA LIBERTÉ D'ORGANISER UNE MANIFESTATION	40
TITRE 1 - LE POUVOIR D'INTERDIRE UNE MANIFESTATION DU FAIT DU CONTENU DU MESSAGE	42
CHAPITRE 1 - LA COMPÉTENCE LEGISLATIVE D'INTERDIRE L'EXPRESSION DE CERTAINES OPINIONS	44
Sous-chapitre 1. La garantie formelle de la compétence législative pour interdire l'expression d'une opinion	45
Section 1. La suprématie législative en matière d'incrimination d'une expression	46
A. Le principe de la réserve de loi en matière d'incrimination d'expression dans le modèle européen	47
1. <u>Le principe de réserve de loi comme première garantie de la liberté d'expression</u>	<u>47</u>
2. La réserve de loi organique espagnole et l'abstention inconstitutionnelle français en matière d'incrimination d'expression	51
B. La compétence du pouvoir fédéral en matière d'incrimination d'une expression dans le modèle fédéral canadien	54
1. <u>Une compétence de limitation de la liberté d'expression diluée entre pouvoir fédéral et pouvoir provincial</u>	<u>55</u>
2. Le principe de prépondérance fédérale en cas de conflit	59
Section 2. La suprématie constitutionnelle en matière d'incrimination d'une expression	62
A. La consécration d'un contenu essentiel de la liberté d'expression	63
1. Un contenu essentiel de la liberté d'expression constitutionnalisé dans le modèle espagnol	63

2. À la recherche du contenu essentiel de la liberté d'expression en droit français.....	69
B. La perpétuation de la suprématie législative au Canada en matière de liberté d'expression	74
1. L'illusion de la suprématie constitutionnelle de la liberté d'expression en droit constitutionnel canadien.....	74
2. La perpétuation de la clause dérogatoire de la <i>Loi constitutionnelle</i> de 1982.....	77
Sous-chapitre 2. La justification des interdictions d'expression de certaines opinions	83
Section 1. La protection de l'intérêt constitutionnel en tant que justification de la limitation de la liberté d'expression.....	84
A. La protection des droits d'autrui comme justification d'interdiction de certains contenus	85
1. La validité d'une limite à la liberté d'expression en vertu de droits constitutionnels pareillement consacrés	85
2. La justification d'interdiction de manifestations exprimant des discours de haine	89
B. La délimitation des motifs de justification à la limitation de l'expression de certains contenus	91
1. Un élargissement formel des motifs justifiant l'interdiction d'exprimer certains contenus	91
2. La délimitation matérielle des motifs justifiant l'interdiction d'exprimer certains contenus	95
Section 2. Le respect du principe de proportionnalité comme justification des limitations à la liberté d'expression.....	99
A. À la recherche du fondement constitutionnel de l'exigence de proportionnalité des limitations à la liberté d'expression	100
1. Un fondement du principe de proportionnalité exclusivement jurisprudentiel.....	100
2. Le risque de substitution du législateur par le juge quant aux moyens de limitation à la liberté d'expression	103
B. L'exclusion de l'application du contrôle de proportionnalité aux interdictions de discours antidémocratiques	106
1. L'exclusion des garanties de la liberté d'expression aux discours antidémocratiques	106
2. Le contrôle superflu de la proportionnalité des interdictions de discours antidémocratiques	111

CHAPITRE 2 - LA DÉROGATION AU PRINCIPLE D'INTERDICTION DE CENSURE PRÉVENTIVE DE L'EXPRESSION D'UNE OPINION EN MATIÈRE DE MANIFESTATION..... 117

Sous-chapitre 1. La dérogation au régime répressif caractéristique de la liberté d'expression en matière de manifestation.....	119
Section 1. Le principe d'interdiction de régime d'autorisation préventive de l'exercice de la liberté d'expression.....	120
A. La reconnaissance du principe d'interdiction de régime d'autorisation de l'exercice de la liberté d'expression.....	120
1. La consécration constitutionnelle du principe d'interdiction d'autorisation à la liberté d'expression en droit espagnol.....	121
2. La consécration jurisprudentielle du principe d'interdiction du régime d'autorisation à la liberté d'expression en droit français	124
B. Des interdictions préventives d'expression exclues de la jurisprudence canadienne	127
1. La consécration jurisprudentielle du principe de <i>neutralité substantielle</i>	127
2. L'exclusion d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'interdiction préventive d'expression	131

Section 2. Le principe de dérogation du régime de déclaration préalable en matière de manifestation	134
A. La protection de l'ordre public comme fondement du pouvoir d'interdiction préventive de manifester	135
1. La consécration constitutionnelle spécifique de « l'ordre public mettant en danger la sécurité des personnes et des biens » comme fondement du pouvoir d'interdiction préventif de manifester en droit espagnol	135
2. Un impératif d'ordre public sans consécration de liberté de manifestation en droit français	138
B. Le contrôle préalable de l'objet de la manifestation	142
1. La mention de l'objet de la manifestation caractéristique des régimes de déclaration préalable français et espagnol	142
2. L'absence de l'obligation de déclaration préventive de l'objet de la manifestation dans le cadre des régimes d'autorisation de manifestation en droit canadien : l'exemple québécois	144
Sous-chapitre 2. La délimitation du pouvoir d'interdiction préventif de manifester	147
Section 1. La consécration d'un pouvoir d'interdiction préventive de manifestation à travers le régime de la déclaration préalable	149
A. La confusion quant à la distinction entre régime d'autorisation préventive et régime de déclaration préalable	149
1. La difficulté de la distinction en présence d'un pouvoir d'interdiction	149
2. La garantie constitutionnelle espagnole de la distinction	151
B. L'ordre public matériel et extérieur au fondement du pouvoir d'interdiction préventive de manifester	154
1. La consécration d'un ordre public restreint par le constituant espagnol	154
2. La consécration d'un ordre public « matériel et extérieur » par le juge administratif français	156
Section 2. La tentation d'un glissement vers un régime d'autorisation préalable de manifestation	159
A. La tentation d'un glissement vers une compétence générale de prévention des infractions pénales des autorités administratives	160
1. L'absence de compétence générale de prévention d'infractions pénales	160
2. La compétence de prévention des infractions pénales liées à des troubles à l'ordre public	163
B. La tentation d'une protection d'un ordre public immatériel	167
1. Le déclin de la protection de la morale publique comme fondement des mesures d'interdiction de manifester	167
2. La confirmation d'un régime d'autorisation de manifester en droit français à travers la sauvegarde d'un ordre public indéterminé	170
Conclusion Titre 1	176

TITRE 2 - LE POUVOIR DE LIMITER LES MODALITÉS D'EXERCICE DE LA MANIFESTATION 178

CHAPITRE 3 - LA CONSÉCRATION D'UN DROIT DE RÉUNION D'EXPRESSION COLLECTIVE DANS L'ESPACE PUBLIC 180

Sous-chapitre 1. L'extension des garanties de la liberté d'expression à l'objet de la manifestation ...	181
Section 1. Une reconnaissance étendue de la liberté d'expression	182
A. L'extension des garanties de la liberté d'expression aux formes d'expression	183
1. La reconnaissance jurisprudentielle de l'extension de la liberté d'expression aux formes d'expression générale dans le modèle canadien.....	183
2. La reconnaissance jurisprudentielle de la protection constitutionnelle spécifique à la liberté d'expression collective en droit français.....	186
B. La reconnaissance d'un droit à la liberté d'expression dans l'espace public	190
1. L'impact communicatif de l'utilisation de l'espace public à des fins expressives	190
2. La reconnaissance explicite d'un droit à la liberté d'expression sur les voies publiques ..	194
Section 2. Les limites de l'application des garanties de la liberté d'expression à l'objet de la manifestation.....	197
A. Les limites d'une reconnaissance d'un droit à la liberté d'expression symbolique	198
1. L'absence d'une reconnaissance d'expression symbolique en droit français et espagnol.	198
2. La qualification d'expression symbolique aux mains des juges canadiens	202
B. La confusion entre les champs de garantie des libertés d'expression et de réunion pacifique	205
1. La réunion comme une forme d'expression.....	205
2. L'exclusion de l'application des garanties de la liberté de réunion pacifique en matière de protection constitutionnelle de la manifestation	209
Sous-chapitre 2. Un droit de manifestation en tant que modalité d'exercice de la liberté de réunion pacifique	213
Section 1. La consécration supra-législative de la liberté de réunion pacifique.....	214
A. Une consécration uniforme de la liberté de réunion.....	215
1. L'importance d'une liberté de réunion dans une société démocratique.....	215
2. La consécration constitutionnelle de la liberté de réunion.....	218
B. Le contenu du droit à la liberté de réunion.....	221
1. L'interdiction des régimes d'autorisation	221
2. L'exclusion des réunions non pacifiques	224
Section 2. La manifestation en tant que modalité d'exercice de la liberté de réunion	228
A. La reconnaissance d'un droit de réunion sur les voies publiques	229
1. La consécration constitutionnelle d'un droit de réunion sur les voies publiques en droit espagnol.....	229
2. L'absence de consécration constitutionnelle d'un droit de réunion sur les voies publiques en droit français.....	231
B. Le principe dérogatoire du régime préventif en matière de réunion sur les voies publiques	234
1. L'obligation législative de déclaration préalable de manifestation comme unique reconnaissance d'un droit de réunion sur les voies publiques en droit français	234
2. La garantie constitutionnelle du régime dérogatoire de la déclaration préalable à l'exercice de la manifestation en droit espagnol.....	239

CHAPITRE 4 - LA DÉLIMITATION DU DROIT DE TENIR UNE RÉUNION SOUS LA FORME D'UNE MANIFESTATION DANS L'ESPACE PUBLIC 243

Sous-chapitre 1. La compétence de réglementation du droit d'organiser une manifestation dans l'espace public	244
Section 1. La compétence d'encadrement du droit d'organiser une manifestation dans l'espace public en période ordinaire	245
A. La reconnaissance d'un pouvoir infra-législatif d'interdiction préventive de manifester. 247	
1. Un pouvoir infra-législatif d'interdiction de manifester d'origine constitutionnelle en droit espagnol	<u>247</u>
2. Un pouvoir infra-législatif d'interdiction de manifestation d'origine gouvernementale dans le modèle français	<u>249</u>
3. La compétence spécifiquement provinciale en matière de réglementation de la manifestation en droit canadien	252
B. La délimitation du pouvoir d'interdiction préventif de manifester	255
1. L'encadrement du pouvoir discrétionnaire en tant que critère de constitutionalité du pouvoir d'interdiction préventive de manifester	<u>255</u>
2. L'absence de contrôle de constitutionnalité de la procédure de déclaration préalable d'une manifestation en droit français	260
Section 2. La compétence d'encadrement du droit d'organiser une manifestation dans l'espace public en période extraordinaire	264
A. Le pouvoir de suspendre la liberté de manifestation en période exceptionnelle.....	265
1. <u>Un pouvoir de suspension de la liberté de manifestation d'origine constitutionnelle</u>	<u>265</u>
2. Le pouvoir de suspension de la liberté de manifestation d'origine législative	269
B. La délimitation du pouvoir de suspension de la liberté de manifestation	272
1. L'abdication des tribunaux s'agissant du contrôle des circonstances exceptionnelles justifiant l'utilisation des pouvoirs extraordinaires.....	<u>272</u>
2. L'absence de contrôle du lien entre les mesures de restrictions de manifestation fondée sur la légalité d'exception et les circonstances conditionnant l'application de la légalité d'exception	277
Sous-chapitre 2. La justification des restrictions préventives à l'exercice de la manifestation	281
Section 1. Le maintien de l'ordre public comme fondement de la compétence de restriction.....	282
A. Un ordre public spécifique à l'exercice de la manifestation	283
1. Le risque « avéré » d'un trouble à l'ordre public au fondement des interdictions de manifester.....	<u>283</u>
2. L'exclusion des risques de perturbation de la libre circulation comme motif d'interdiction de manifester	287
B. La persistance d'une interprétation large de la notion d'ordre public.....	291
1. Le glissement vers l'application d'un ordre public général pour justifier une limitation à l'exercice de la manifestation.....	<u>291</u>
2. Un ordre public élargi au défaut de déclaration préalable	295
Section 2. Le contrôle juridictionnel des restrictions de manifester.....	299
A. Le principe de « proportionnalité » d'une interdiction d'organiser une manifestation.....	300
1. Les critères de légalité des mesures infralégislatives restreignant l'organisation d'une manifestation.....	<u>300</u>
2. La persistance d'un « contrôle normal » de légalité des mesures infralégislatives interdisant la tenue de manifestation en droit français.....	304
B. Le faible contrôle juridictionnel des mesures de modifications des modalités d'exercice de la manifestation.....	309

1. Un principe de « proportionnalité » en faveur des mesures de modification des modalités de manifestation.....	309
2. L'importance du contrôle juridictionnel des mesures de modification des modalités de manifestation.....	313
Conclusion Titre 2	316
Conclusion Première partie	317
SECONDE PARTIE - LA LIBRE PARTICIPATION À UNE MANIFESTATION....	318
TITRE 3 - LES GARANTIES DU DROIT DE PARTICIPATION PACIFIQUE À UNE MANIFESTATION	321
CHAPITRE 5 - L'ÉTENDUE DU DROIT À LA LIBRE PARTICIPATION À UNE MANIFESTATION	323
Sous-chapitre 1. La reconnaissance du droit à la libre participation à une manifestation.....	323
Section 1. Le contenu du droit de participer à une manifestation	324
A. La participation à une manifestation : une forme d'exercice des libertés de réunion pacifique et d'expression	325
1. La participation à une manifestation : une forme d'exercice de la liberté d'expression....	325
2. Les manifestations « pacifiques et sans arme »	327
B. La garantie d'une protection juridictionnelle de la liberté de participer pacifiquement à une manifestation.....	331
1. Les garanties juridictionnelles de la liberté de participation à une réunion publique	332
2. La garantie de la proportionnalité des limitations à la liberté de participer à une manifestation pacifique	336
Section 2. Le rétrécissement des garanties de la participation pacifique à une manifestation	340
A. L'affaiblissement des garanties liées à la distinction entre manifestation autorisée et manifestation pacifique.....	340
1. La distinction entre manifestation autorisée et manifestation pacifique	340
2. L'émergence d'un délit de participation pacifique à une manifestation non autorisée.....	343
B. L'affaiblissement de la garantie de la distinction entre participants et organisateurs d'une manifestation.....	348
1. Le principe de la différenciation des régimes de responsabilité entre organisateurs et participants	348
2. Vers une confusion entre organisateurs et participants.....	351
Sous-chapitre 2. La délimitation du pouvoir de limiter la libre participation à une manifestation	355
Section 1. Le principe de la réserve de la loi pour restreindre la liberté de participer à une manifestation.....	356
A. Un principe constitutionnellement garanti en France et en Espagne	356
1. La réglementation de la libre participation à une manifestation par des lois organiques espagnole.....	356
2. Les lois ordinaires françaises réglementant la libre participation à une manifestation.....	359
B. La confirmation du principe d'exclusion de la compétence infralégislative.....	363

1. L'absence de compétence réglementaire de limitation de la libre participation à une manifestation en droit espagnol	363
2. L'impossibilité des interdictions administratives de participation à une manifestation en droit français.....	365
Section 2. Une réserve de loi matérielle des limitations apportées à la libre participation à une manifestation au service de la sécurité juridique	369
A. L'exigence matérielle de la réserve de loi en matière de limitation de la libre participation à une manifestation	370
1. <u>Le délitement de l'exigence formelle de la réserve de loi dans le modèle européen.....</u>	<u>370</u>
2. La « règle de droit » au sens de l'article premier de la <i>Charte canadienne</i>	373
B. Les limites de la garantie du principe de clarté de la loi en matière d'encadrement de la liberté de participer à une manifestation	377
1. Le grief d'imprécision de la disposition limitative de la libre participation à une manifestation au bénéfice de l'auteur	377
CHAPITRE 6 - L'EXTENSION DES INFRACTIONS DE TROUBLES À L'ORDRE PUBLIC	382
Sous-chapitre 1. L'extension de la compétence de créer des infractions de troubles à l'ordre public .	383
Section 1. Les infractions pénales d'atteinte à la paix publique.....	385
A. Le fondement de la compétence de créer des infractions pénales d'atteinte à la paix publique.....	386
1. <u>L'origine législative du délit d'attroupement.....</u>	<u>386</u>
2. La sauvegarde de l'ordre public en tant qu'intérêt protégé.....	390
B. Le problème de la délimitation de l'ordre public	395
1. Le principe de conciliation entre les infractions pénales de troubles à l'ordre public et les <u>garanties de la liberté de manifestation pacifique</u>	<u>395</u>
2. La possibilité d'une sauvegarde de l'ordre public au sens immatériel dans les exemples français et canadien	399
Section 2. Les infractions réglementaires d'atteinte à l'ordre public	403
A. Le fondement de la compétence réglementaire en matière d'atteinte à l'ordre public	404
1. <u>Le fondement de la compétence réglementaire en matière de sécurité publique.....</u>	<u>404</u>
2. Le critère de la finalité préventive	408
B. Le contrôle de la compétence réglementaire en matière d'atteinte à l'ordre public	412
1. <u>La présomption de la compétence en matière d'attroupement de restreindre la libre participation à une manifestation pour motif d'ordre public</u>	<u>412</u>
2. La présomption de nécessité de sauvegarder l'ordre public des mesures infralégislatives de limitation de participation à une manifestation	416
Sous-chapitre 2. L'extension du contenu de la participation délictueuse à une manifestation	420
Section 1. L'extension des manifestations délictueuses	421
A. Les manifestations qui troublent l'ordre public	422
1. <u>De la participation violente en groupe à la préparation de ces violences de groupe</u>	<u>422</u>
2. L'importance de l'ordre de dispersion	425
B. Les manifestations susceptibles de troubler l'ordre public	430
1. <u>La délimitation de la crainte raisonnable du trouble à l'ordre public</u>	<u>430</u>
2. L'application du régime d'attroupement susceptible de troubler l'ordre public aux manifestations	434
Section 2. L'élargissement des comportements susceptibles de troubler l'ordre public	438
A. La délimitation du délit de participation à un attroupement armé	439

1. La distinction entre le délit de participation à un attroupement armé et le délit de participation armée à une manifestation	439
2. La délimitation du concept d'arme en contexte de manifestation.....	442
B. L'infraction de participation à une manifestation le visage couvert	445
1. Le délit de dissimulation du visage dans l'espace public en droit français	445
2. La conformité douteuse du délit de dissimulation du visage en contexte de manifestation	449
Conclusion Titre 3	455
TITRE 4 - LES LIMITES À LA LIBRE CIRCULATION DES PARTICIPANTS A UNE MANIFESTATION	457
CHAPITRE 7 - LES LIMITES À LA LIBRE CIRCULATION DURANT LA MANIFESTATION	459
Sous-chapitre 1. La relation ambivalente entre le principe de libre circulation et le principe de liberté de manifestation.....	460
Section 1. La relation antagoniste entre le principe de libre circulation et le principe de liberté de manifestation.....	461
A. La liberté de circulation comme fondement de la limitation à la liberté de manifestation.....	462
1. La liberté de circulation des non-manifestants comme fondement de la limitation de la liberté de manifestation	462
2. La liberté de circulation des marchandises comme fondement de la limitation de la liberté de manifestation	465
B. La conciliation entre liberté de manifestation des uns et liberté de circulation des autres.....	470
1. Le caractère temporaire de la participation à une manifestation comme élément de conciliation de la liberté de manifestation des manifestants avec la liberté de circulation des non-manifestants	470
2. La déclaration préalable au cœur de la conciliation entre liberté de manifestation et liberté de circulation des non-manifestants en droit français et espagnol	473
Section 2. La relation complémentaire entre le principe de libre circulation et celui du droit à la liberté de manifestation.....	476
A. Les garanties de la liberté de rejoindre une manifestation	477
1. La garantie de la liberté de circulation pour rejoindre une manifestation, inhérente à la liberté de manifestation	477
2. La garantie d'une liberté de circulation interprovinciale pour rejoindre une manifestation en droit canadien.....	482
B. L'absence de garantie juridique du droit de quitter une manifestation	486
1. Le droit de quitter une manifestation, inhérent à la liberté de manifestation.....	486
2. De l'impossibilité de quitter une manifestation	490
Sous-chapitre 2. Les effets des limitations à la liberté de circulation sur la liberté de manifestation..	493
Section 1. L'interdiction d'accès à certains lieux pour manifester.....	494
A. Les interdictions de manifester dans certains lieux en droit canadien	495
1. Les interdictions de manifester dans certains lieux du fait de l'« incompatibilité du lieu »	495
2. L'exigente conformité constitutionnelle d'un pouvoir d'interdiction de manifester dans certains lieux	499
B. Les interdictions de manifester dans certains lieux en droit français et espagnol.....	503

1. L'élargissement de la compétence d'interdiction de manifester dans certains lieux en vue de sauvegarder l'ordre public.....	503
2. L'élargissement de la compétence infralégislative d'interdire l'accès à certaines zones aux manifestants.....	508
Section 2. Les restrictions au libre accès à la manifestation.....	513
A. L'encadrement strict des restrictions au libre accès à la manifestation en droit canadien	514
1. <u>Le fondement juridique des restrictions au libre accès à la manifestation.....</u>	<u>514</u>
2. Le contrôle de la nécessité des restrictions au libre accès de la manifestation	518
B. La systématisation des restrictions au libre accès des manifestations par les forces de police dans les exemples français et espagnol	522
1. Les restrictions au libre accès des manifestations par la loi organique 4/2015 relative à la protection de la sécurité citoyenne en droit espagnol	<u>522</u>
2. La systématisation des restrictions au libre accès des manifestations par la <i>Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations</i> du 10 avril 2019 en droit français.....	526
CHAPITRE 8 - LES PRIVATIONS DE LIBERTÉ À L'ENCONTRE DES MANIFESTANTS	531
Sous-chapitre 1. La diversité des mesures de privation de liberté dans le cadre d'une manifestation.	532
Section 1. La variété des motifs de privation de liberté au cours d'une manifestation	533
A. La question de la conformité constitutionnelle des motifs collectifs de privation de liberté	534
1. Les arrestations de masse du fait de la participation à un groupe troublant la paix publique en droit canadien	<u>534</u>
2. Le délit de participation à un rassemblement susceptible de troubler l'ordre public en droit français	<u>538</u>
3. Le délit de sédition en droit espagnol	542
B. Des arrestations fondées sur la désobéissance des manifestants	544
1. Les délits de résistance violente à l'encontre des policiers.....	<u>544</u>
2. <u>Les délits d'expression violente à l'encontre des policiers.....</u>	<u>546</u>
3. Les délits de désobéissance pacifique	548
Section 2. Un pouvoir élargi de détention des manifestants.....	552
A. Le pouvoir d'arrestation des manifestants en droit canadien.....	552
1. <u>Le pouvoir d'arrestation prévu par la loi en droit canadien</u>	<u>552</u>
2. L'exclusion d'un pouvoir d'arrestation préventive pour violation de la paix appréhendée	555
B. Le pouvoir de détention des manifestants en tant que technique de maintien de l'ordre dans le cadre d'une manifestation en droit français et espagnol	559
1. Un pouvoir de détention aux fins d'enquête détourné à des fins de gestion de l'ordre public	<u>559</u>
2. <u>Le pouvoir de détention en vue de contrôler l'identité des manifestants.....</u>	<u>562</u>
3. La privation de liberté de manifestants à travers certaines techniques de maintien de l'ordre	564
Sous-chapitre 2. L'illusion des garanties juridiques contre les pratiques policières arbitraires à l'encontre des manifestants	567
Section 1. Une criminalisation volontaire de la participation à une manifestation	568
A. La volonté législative de criminaliser l'exercice de manifestation	569

1. <u>La ley organica espagnole relative à la protection de la sécurité des citoyens de 2015 en réponse aux manifestations des « Indignés »</u>	569
2. <u>Des lois sécuritaires de circonstances validées par le Conseil constitutionnel français</u>	573
3. <u>Des règlements municipaux de circonstance en droit canadien</u>	576
B. <u>La criminalisation de la participation à une manifestation par les pratiques policières</u>	580
1. <u>La criminalisation de la participation à une manifestation par le profilage politique</u>	580
2. <u>La difficile application des garanties juridiques contre ces pratiques criminalisantes</u>	585
Section 2. <u>L'absence de garanties effectives à l'encontre de pratiques policières disproportionnées</u>	590
A. <u>L'impossible garantie effective des principes de nécessité et de proportionnalité de l'usage de la force en contexte de manifestation</u>	590
1. <u>Les principes de nécessité et de proportionnalité de l'usage de force</u>	590
2. <u>Le difficile respect des principes de nécessité et de proportionnalité de l'usage de la force en contexte de manifestation</u>	594
3. <u>Le faible encadrement de l'utilisation des armes de dispersion de foule</u>	598
B. <u>L'effectivité des garanties juridictionnelles des principes de nécessité et de proportionnalité de l'usage de la force en contexte de manifestation</u>	600
1. <u>Le contrôle juridictionnel de l'usage de la force en droit canadien</u>	600
2. <u>L'absence d'indépendance au contrôle juridictionnel d'un usage de la force excessif et disproportionné en contexte de manifestation en droit français et espagnol</u>	603
3. <u>Vers une impossibilité d'identifier les agents usant de la force dans les opérations de maintien de l'ordre en contexte de manifestation</u>	606
 Conclusion Titre 4	611
 Conclusion Seconde partie	613
 CONCLUSION GÉNÉRALE	615
 BIBLIOGRAPHIE	618

RÉSUMÉ

Cette recherche traite de l'organisation et de l'effectivité juridique de la liberté de manifestation au sein des ordres constitutionnels français, canadien et espagnol. Plus particulièrement, elle propose une étude des rapports qu'entretiennent les normes garantissant le droit de manifester et celles permettant de restreindre son exercice au sein de la hiérarchie des normes. Depuis le début des années 2000, le recours à la manifestation pour exprimer une opinion politique a gagné en légitimité, ce qui ne livre cependant aucune information relative à son existence juridique et à son degré de protection.

Parallèlement à la montée des contestations citoyennes, on observe partout dans le monde un accroissement des préoccupations sécuritaires. De cette manière, l'exercice de la liberté de manifestation se trouve confronté à un arsenal normatif permettant de contrôler et d'assurer l'ordre et la sécurité publics dans les espaces publics. Au regard de ces évolutions, il convient d'examiner les fondements du droit de manifester comme de ses limitations dans différents ordres juridiques choisis en raison des spécificités de leur réponse. On pourra ainsi se demander dans quelle mesure il s'agit d'un processus de restriction indéterminé au regard de laquelle ce droit apparaît plutôt comme une action politique plus ou moins tolérée par les pouvoirs publics que comme une liberté fondamentale rigoureusement garantie et soutenue par une jurisprudence cohérente et différenciée.

Mots clés :

activité expressive - attroupement délictuel - criminalisation - droit de manifester - droit de réunion pacifique - droit fondamental - effectivité juridique - expression collective - expression publique - limitation - ordre public - régime préventif

ABSTRACT

This research deals with the legal organisation and effectiveness of the right to demonstrate within the French, Canadian and Spanish constitutional orders.

More specifically, it takes an analytical and comparative approach to the relation between constitutional protections of this right and its legal restrictions at lower levels of the hierarchy of norms. Since the beginning of 2000's, public demonstrations as a means of political expression has gained legitimacy. Political legitimacy reveals however little in terms of the *legal* existence of a right to demonstrate or the degree of its legal protection. Moreover, as we witness a rise in citizen protests, we can also observe a growing movement towards security concerns. Thus, protesters are confronted with important tools at the disposal of States to maintain public order and security in public spaces. This development requires to precisely analyse the legal foundations of the right to demonstrate as well as the possible justifications for its limitation within different legal orders. The actions and behaviours so targeted have also been identified and examined, revealing a set of standards remaining largely undetermined. It may thus appear that demonstrating is better understood as a political action tolerated by public authorities rather than as a fundamental right precisely limiting government action and rigorously implemented through constitutional review.

Keywords:

collective expression - criminalization - form of expression - fundamental right - legal effectiveness - limitation - public expression - public order - right to peaceful assembly - right to protest -- prior restraint - unlawful assembly

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Depuis les années 2000, on observe un essor du recours à la manifestation pour exprimer une opinion politique partout dans le monde, dans les États démocratiques comme au sein des pays qui le sont moins. Dans ce contexte, l'accueil réservé aux manifestations par les pouvoirs publics apparaît être un « baromètre » du niveau de démocratie dans un État. La gestion des manifestations est ainsi devenue l'un des enjeux politiques majeurs du XXI^e siècle. On reconnaît effectivement un régime autoritaire notamment à la possibilité pour le gouvernement en place « d'imposer le silence de l'opposition politique »¹, en particulier en contrôlant de manière totalement arbitraire l'exercice de droits politiques, comme le droit de se réunir et de manifester, afin d'assurer la prééminence de son idéologie². Ainsi, la liberté de manifestation, qui permet d'exprimer son opinion publiquement, est souvent l'une des premières libertés sacrifiées lors de l'institution d'un régime autoritaire. Lorsque ce n'est pas pour revendiquer de nouveaux droits sociaux et politiques, les citoyens manifestent pour sauvegarder ceux qu'ils ont jadis obtenus.

Durant ces vingt dernières années, rares sont les pays qui n'ont pas été secoués par une vague de protestations. Le mouvement social espagnol des *Indignés* de 2011 en est une bonne illustration. Directement inspiré du *Printemps arabe* (en particulier des « révolutions » égyptienne et tunisienne), ce phénomène a traversé les frontières européennes, avant d'inspirer à son tour le mouvement *Occupy Wall Street* de l'autre côté de l'Atlantique. À la même époque, le Québec a aussi été secoué par l'une des

¹ Claude Albert Colliard, Roseline Letteron, Jean Claude Colliard, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 2005, à la p. 494.

² John D. Inazu, « The forgotten Freedom of Assembly » (2010) 84 Tul. L. Rev. 583, à la p. 611.

plus grandes vagues de contestations de l'histoire canadienne, connue sous le nom de *Printemps érable*. Puis, le mouvement *Nuit debout*, initié sur la place de la République à Paris, a ni plus ni moins repris les mêmes codes que les mouvements des *Indignés* et du *Printemps érable*. On peut, en outre, mentionner l'important mouvement protestataire français des *Gilets jaunes* qui a perduré plusieurs mois et ne semble encore pas tout à fait achevé. Plus récemment, à l'été 2020, le mouvement politique *Black Lives Matter*, apparu aux États-Unis, s'est étendu en mobilisant des citoyens du monde entier réunis pour protester contre les pratiques discriminatoires exercées notamment à l'encontre des personnes noires par la police. Si ces mouvements sociaux ne se limitent pas à la manifestation celle-ci constitue néanmoins leur principal moyen d'action.

L'existence de la liberté de manifestation pleine et entière au cœur de toute société démocratique, domine les opinions publiques relayées par les médias et les représentants politiques. Cette notion juridique est éminemment politique car indissociable de la notion de démocratie.

En effet, dans une démocratie, chacun doit être non seulement le plus libre possible mais également pouvoir participer de manière égale à la formation de la volonté générale³. La liberté de manifestation s'inscrit dans une telle perspective.

C'est en Angleterre, à travers de premiers rassemblements et défilés de rue organisés à l'encontre de réformes parlementaires, que la manifestation politique entendue dans son acception contemporaine s'est en premier lieu affirmée. En France, bien que la Révolution de 1789 trouve ses racines dans des réunions publiques tenues dans la rue ou dans des « clubs » où des citoyens prenaient directement part à des débats sur des questions politiques⁴, les libertés de réunion et de manifestation sont les grandes absentes de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. D'aucuns croyaient effectivement qu'après l'instauration du suffrage universel, les citoyens ne ressentiraient plus le besoin de s'exprimer sur la voie publique. Pourtant, l'usage de la

³ Hans Kelsen, *La démocratie : sa valeur, sa nature*, 2^e éd., Paris, Dalloz DL, 2004, aux p. 9 et 104.

⁴ John D. Inazu, « The forgotten Freedom of Assembly », op. cit.

manifestation s'est imposé et a perduré en tant que mode majeur de participation populaire. Dans un premier temps au service de la liberté de culte. En effet, les premières revendications d'une liberté de manifestation avaient un objet éminemment religieux : il s'agissait de permettre l'expression publique de convictions religieuses à travers des processions ou autres cérémonies religieuses organisées sur la place publique. Si cet aspect n'est pas complètement dépourvu ni d'intérêt ni d'actualité, l'objet de la manifestation est depuis lors devenu principalement politique.

L'expression manifestante concerne effectivement la vie de la Cité⁵. L'historienne Danielle Tartakowsky va même jusqu'à employer l'expression « objet politique »⁶ pour parler de la manifestation. Utilisée habituellement en dehors du moment électoral⁷, il s'agit d'une intervention citoyenne au-delà des urnes qui exprime des opinions sur la chose publique. Pour Philippe Braud, la manifestation est ainsi « un mode d'expression légitime des attentes collectives, constitutives d'une forme de participation politique commune »⁸ étant donné qu' « elle a pour fin de produire un effet politique par l'expression d'une opinion ou d'une revendication »⁹. La manifestation n'est en effet généralement pas sans conséquences sur le contenu des lois. En se positionnant sur des questions générales de société, les manifestants entendent peser sur l'action du législateur à travers l'expression de leur volonté. Souvent, la manifestation est utilisée pour exprimer une position collective sur une loi particulière¹⁰ ou en réaction à une situation spécifique requérant l'intervention du

⁵ Le petit Larousse définit la manifestation comme un rassemblement collectif, défilé de personne organisé sur la voie publique et destiné publiquement à exprimer une opinion politique, une revendication, Voir : *Le petit Larousse*, 1998, à la p. 622.

⁶ Danielle Tartakowsky, *Le pouvoir est dans la rue. Crises politiques et manifestations en France*, Paris, Aubier, « collection historique », 1998, à la p. 46.

⁷ Le 6 mai 1919, dans un article intitulé « Le droit de manifester » paru dans le journal *L'Humanité*, Pierre Hamp s'exprimait en ces mots : « une autre manière de voter, de dire son vœu quand il n'y a point d'élections, c'est de se rassembler (...) de marcher ensemble (...) rien que pour prouver : sous sommes à Paris 500.000 qui pensons ainsi »

⁸ Philippe Braud, *Sociologie politique*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2002, à la p. 385.

⁹ Pierre Favre (dir.), *La manifestation*, Presses de la F.N.S.P., 1990, à la p.15

¹⁰ À titre d'exemple en France, nous pouvons citer les rassemblements qui eurent lieu courant des années 1970 contre la pénalisation de l'avortement, celles contre la loi de 1984 réformant le système éducatif, ou encore les défilés contre la loi mettant en œuvre le « contrat première embauche » en 2005.

législateur¹¹. Ces actions manifestantes, directement en lien avec la chose publique, ont donc pour destinataires les titulaires du pouvoir normatif dans le but d'influencer le processus de création des règles juridiques. Néanmoins, malgré les effets avérés de la manifestation¹² sur le législateur, le droit positif ne lui reconnaît pas formellement la faculté de contribuer à la production du droit. Ainsi, bien que la volonté citoyenne des manifestants semble s'imposer aux côtés de la volonté du législateur, du pouvoir exécutif, la prise en compte de cette volonté n'est aucunement concrétisée par le droit positif. Pris sous cet angle, le sujet de la manifestation suscite le plus souvent chez les juristes davantage de réactions que de véritables études. Loin d'être dépourvue d'intérêt, l'analyse du rôle et de l'impact de la manifestation dans le processus normatif ou dans les rapports entre les gouvernants et les gouvernés est volontiers laissée aux mains des sociologues, des politologues ou encore des historiens mais échappe *a priori* au juriste dont le champ d'étude se limite en principe au droit positif.

Plus précisément, ce sont les mouvements sociaux, inextricablement liés à la liberté de manifestation, qui ont suscité le plus grand intérêt de la recherche. Ainsi, on trouve de nombreuses études sur les mobilisations citoyennes, leurs revendications, leur organisation et leurs modes de fonctionnement¹³. S'il est également possible de trouver des études portant sur la répression dont fait l'objet la liberté de manifestation, les auteurs ne se penchent que très rarement sur les problèmes juridiques que soulève la notion même de liberté de manifestation au sein des ordres juridiques des

¹¹ À titre d'exemple en France, nous pouvons citer les manifestations en faveur du droit au mariage des personnes de même sexe, de l'ouverture d'un droit à la procréation médicalement assistée pour les femmes seules et les couples homosexuels, en faveur de la régularisation des « sans-papiers », ou encore pour le droit à la PMA pour tous.

¹² Philippe Braud, *Sociologie politique*, op. cit., à la p. 386 :

« Dans les années soixante-dix, les féministes ou les écologistes ont réussi à faire prendre en compte leur exigences et à imposer leurs exigences [à savoir] la législation de la contraception et de l'avortement, la protection de l'environnement ».

¹³ Par exemple : Erik Neveu, *Sociologie des mouvements sociaux*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2015 ; Hanspeter Kriesi, *New Social Movements in Western Europe a Comparative Analysis*, vol. 5, Minneapolis University of Minnesota Press, coll. "Social movements, protests, and contention", 1995 ; Erhard Friedberg, *Le pouvoir et la règle dynamiques de l'action organisée*, Paris, Éditions du Seuil, coll. « Sociologie », 1993 ; William A. Gamson, *The strategy of social protest*, 2^e éd., Belmont, California Wadsworth, 1990.

démocraties occidentales. Or, nous croyons que le postulat généralement admis selon lequel il existerait une véritable liberté fondamentale de manifestation doit être approfondi et démontré afin d’appréhender de manière pertinente les principaux enjeux de cette liberté dans un système juridique. En effet, il ne suffit pas d’affirmer qu’il existe un droit de manifester pour que celui-ci existe juridiquement. C’est pourquoi, il est primordial de s’intéresser de manière liminaire à la notion même de liberté fondamentale ou, selon la terminologie proposée par certains auteurs, la *fondamentalité* (1). Puis, il sera nécessaire de préciser l’objet de la manifestation qui peut apparaître flou, obligeant à se demander sans cesse ce qui fait ou ce qui est une manifestation (2). C’est seulement à partir de la définition de la manifestation retenue que l’on pourra identifier les enjeux de l’effectivité d’un droit de manifester au sein d’un système normatif donné (3), avant de présenter la question de recherche retenue en soulignant la difficile effectivité du droit de manifester dans les systèmes juridiques français, espagnol et canadien (4). Il sera alors possible d’exposer la thèse soutenue tout au long de ce travail de recherche (5) ainsi que le cadre méthodologique choisi pour la traiter (6). Pour finir, sera exposé le plan de l’étude permettant de démontrer la thèse soutenue (7).

1. La notion de droit fondamental

La liberté peut être envisagée comme un pouvoir d’autodétermination en vertu duquel l’individu choisi lui-même ses comportements¹⁴. Selon le domaine concerné, la liberté peut recouvrir une pluralité de significations. D’un point de vue social, la liberté peut être définie comme la part et la marge d’autonomie que la société reconnaît à l’individu dans ses comportements, ses opinions et ses actions¹⁵. D’abord conçue comme une liberté politique, propre au citoyen, la liberté entendue dans un sens large

¹⁴ Jean Rivero, Hugues Moutouh, *Libertés publiques*, tome 1, 9^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis », 2003, à la p. 5.

¹⁵ Pauline Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l’ordre public*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2014, à la p. 15, citant Bernard Pacteau, *Droits des libertés fondamentales*, cours de licence 3 droit, Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2013-2014, à la p. 1.

comprend également la liberté de conscience et d'opinion qui relèvent du libre arbitre individuel¹⁶. On reconnaît ici une distinction entre la « liberté des anciens », c'est à dire celle consistant à exercer collectivement la souveraineté, et la « liberté des modernes », qui désigne la jouissance paisible d'une indépendance privée théorisée par Benjamin Constant¹⁷. La liberté philosophique entendue comme l'autodétermination des individus diffère cependant de la liberté juridique dans la mesure où cette dernière correspond à la situation dans laquelle « l'individu se voit reconnaître par l'État, le droit d'exercer une activité déterminée à l'abri des pressions extérieures »¹⁸.

S'agissant de la question du critère de fundamentalité d'un droit, il s'agit de différencier les « droits fondamentaux » des « autres droits ». On ne peut, à cet égard, se limiter à un catalogue qui énumérerait explicitement les droits fondamentaux reconnus aux personnes. Une telle approche est insuffisante pour permettre de conceptualiser, de manière claire et précise, la notion de « droit fondamental ». Elle est insuffisante parce que la qualification de « fondamentale » dans une formulation de norme est purement terminologique et par conséquent juridiquement contingente.

Certaines constitutions font mention de la fundamentalité, c'est le cas notamment du titre I de la *Constitution espagnole* réservé aux droits et devoirs fondamentaux qui consacre, dans la section première de son chapitre II, une liste des droits fondamentaux et des libertés publiques. En revanche, en droit français, les différents textes constitutionnels composant le bloc de constitutionnalité ne font aucune mention à des droits fondamentaux mais plutôt à des « libertés publiques » ou encore aux « droits de l'Homme ». Jusque dans les années 1970, la notion de droits fondamentaux n'existait que sur le plan doctrinal, notamment pour permettre « de comparer les droits positifs de plusieurs systèmes juridiques au sein desquels la notion

¹⁶ Jean Morange, « Liberté », dans Denis Alland, Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy- PUF, coll. « Quadrige », 2003, à la p. 946.

¹⁷ Benjamin Constant, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, Discours à l'Athénée royal, 1819.

¹⁸ Jean Morange, « Liberté », op. cit., à la p. 946.

pouvait déjà présenter une grande importance »¹⁹. Ce n'est que dans sa décision du 22 janvier 1990, *Égalité entre français et étrangers*²⁰, que le Conseil constitutionnel a utilisé la notion de « droits fondamentaux ». En droit canadien, si certains juges font référence « aux droits et libertés fondamentales reconnus par la *Charte canadienne des droits et libertés* », celle-ci n'emploie expressément le terme de « libertés fondamentales » que pour les libertés prévues à son art. 2. En tout état de cause, il est possible de procéder à un rapprochement entre les notions de fundamentalité et de constitutionnalité comme l'a proposé la pensée kelsénienne : un droit serait fondamental dès lors qu'il aurait une valeur constitutionnelle et qu'il serait assorti de garanties juridictionnelles.

La notion de droits fondamentaux continue cependant de faire l'objet de nombreux débats au sein de la doctrine²¹ sans faire l'objet d'une définition univoque. Le débat doctrinal distingue principalement deux approches. Une approche matérielle des droits fondamentaux²² envisage ces derniers comme des droits et principes qui

¹⁹ Étienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France » (1998) n° spéc. AJDA 61.

²⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, au considérant 33 : « Considérant que le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits à la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République (...) ».

²¹ Voir : Louis Favoreu (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris-Economica, P.U.A.M., coll. « Droit public positif », 1982 ; Andreas AUER, « Les droits fondamentaux et leur protection » (1987) 43 *Pouvoirs* 87-100 ; Marie-Luce Pavia, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental » (1994) 54 *LPA* 6-13 ; Véronique Champeil-Desplats, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français » (1995) *chron. Recueil Dalloz* 323-329 ; Étienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.* ; Jacques Favre, Boris Tardivel, « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle" » (2000) *RDP* 1411-1440 ; Thomas Meindl, *La notion de droits fondamentaux dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003 ; Étienne PICARD, « Droits fondamentaux », dans Denis Alland, Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, aux p. 544-549.

²² Proposé par le professeur Étienne Picard, dans « L'émergence des droits fondamentaux », *op. cit.*, à la p. 8 :

« Les droits fondamentaux seraient des droits assez essentiels pour fonder et déterminer plus ou moins directement les grandes structures de l'ordre juridique tout entier en ses catégories ».

Et à la p.19 :

« La fundamentalité ne ressort pas seulement de l'Esprit du texte au moment où il a été produit (...) mais désormais, de l'Esprit du temps dans lequel il est lu et des réalités générales et particulières dans lesquelles il s'applique »

protègent « un intérêt considéré comme primordial de la personne »²³. Cette acception s'oppose à une approche formelle des droits fondamentaux²⁴ qui est celle que nous retiendrons dans la présente étude. Cette dernière ne nie pas les conceptions morales et politiques au fondement de chaque droit fondamental mais propose un critère de « fondamentalité » dépourvu, autant qu'il soit possible, de caractéristiques matérielles, externes au droit positif ou qualifiée comme telle en raison de critères purement subjectifs et contingents²⁵. En vue de clarifier l'usage conceptuel qui sera retenu dans cette étude, il conviendra de proposer non pas une théorie sur ce que les droits fondamentaux seraient en eux-mêmes, mais de définir de manière précise et *stipulative* un objet d'étude suffisamment délimité pour être clairement identifiable et analysable. Dans cette perspective, un droit sera considéré comme *fondamental*, lorsqu'il s'agit d'une permission d'agir, juridiquement déterminée et assortie de critères formels concernant son rang dans la hiérarchie des normes et les mécanismes de garantie dont elle sera assortie.

Comme on l'a précédemment évoqué, un droit sera formellement fondamental tout d'abord s'il se retrouve consacré à un niveau supra-législatif. Ainsi, l'ensemble des droits et libertés reconnus aux personnes physiques comme aux personnes morales dans une constitution, mais aussi les textes internationaux, sont des droits formellement fondamentaux. Ensuite, il est requis que les normes législatives et infra-législatives qui restreignent de manière abusive ce droit soient considérées comme non-conformes au sein du système normatif. De cette façon, un droit est fondamental s'il est protégé de toute atteinte par le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif²⁶. Pour ce faire, un organe juridictionnel de contrôle doit être habilité à annuler ces normes non conformes. En effet, bien que des libertés aient été consacrées dès le XVII^e siècle à la suite des

²³ Stéphane Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, Paris, Fondation Varenne, « collection des thèses », 2007, aux p. 19-20.

²⁴ Proposée par Otto Pfersmann : « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », dans Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2005, à la p. 82.

²⁵ Ibid., à la p. 91.

²⁶ Louis Favoreu « L'élargissement de la saisine du conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires » (1990) 4 RFDC 588.

Déclarations de droits anglaise, américaine et française, celles-ci ne peuvent être considérées comme des droits techniquement *fondamentaux*, parce qu'ils ne sont pas formalisés au rang le plus fondamental du système et parce qu'il manque un organe compétent pour sanctionner, leur méconnaissance en annulant les actes les violant. Le dernier critère relevant de l'approche formelle des droits fondamentaux est ainsi l'existence d'un recours devant un juge afin de permettre de les faire valoir de manière effective en cas d'atteinte. En effet, un droit ne sera pas considéré comme *fondamental* au sens retenu ici, s'il n'existe pas d'organe ni de procédure pouvant assurer sa mise en œuvre réelle au sein d'un système juridique. Le recours juridictionnel, en assurant une protection, transforme une promesse abstraite en un droit concret²⁷.

Selon l'approche formelle de la nature fondamentale d'un droit, la norme qui organise un droit le fait en attribuant une permission d'agir²⁸ ; reste alors à savoir quel est le comportement visé lorsque l'on parle de droit fondamental de manifester.

2. L'objet de la manifestation

Du latin *manifestare*, qui désigne le fait de rendre visible ce qui est caché, la manifestation a originellement une connotation religieuse dès lors qu'elle désigne étymologiquement l'action par laquelle Dieu se manifeste aux Hommes. Suivant cette acception, les miracles accomplis par le Christ sont des manifestations de sa puissance divine. Aujourd'hui, les manifestations désignent essentiellement un mode d'action collectif visant à rendre visible des injustices sociales plus qu'à révéler une volonté divine cachée. La manifestation est donc désormais avant tout conçue comme l'un des moyens à la disposition des citoyens pour se faire entendre.

Par ailleurs, Danielle Tartakowski et Olivier Filleule, spécialistes de la manifestation, notent que l'étymologie française du verbe manifester évoque à la fois

²⁷ Otto Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », op. cit., à la p. 87.

²⁸ Ibid., à la p. 85.

l'idée de défense et de revendication et celle d'une présence physique, à partir de la racine du verbe *defendere*, défendre, et du substantif *manus*, la main²⁹.

La manifestation constitue, en ce sens, une forme d'action politique reconnue en tant qu' « occupation momentanée par plusieurs personnes d'un lieu ouvert au public ou privé et qui comporte directement ou indirectement l'expression d'opinions politiques »³⁰. Ainsi, la manifestation renvoie toujours à l'occupation momentanée de lieux physiquement ouverts. Or, dès le XIX^e siècle, la rue apparaît comme un lieu éminemment politique. C'est là que les « sans voix », qui ne disposent pas d'un accès aux autorités, peuvent se faire entendre en envahissant et en bloquant des espaces réservés à la circulation³¹. Il en va de même pour les lieux de pouvoir qui sont généralement la cible des rassemblements et le point d'aboutissement des cortèges (ministères, préfectures, mairies, ambassades...) dessinant ainsi une géographie symbolique du pouvoir³².

De plus, la manifestation renvoie toujours à une pluralité de personnes. En effet, sa nature collective requiert un nombre minimum de participants³³.

Au-delà de la dimension publique et collective de l'occupation momentanée d'un lieu, la manifestation implique également l'expressivité des participants. En effet, toute manifestation a pour dimension première l'expression d'opinions, d'abord par l'affirmation visible d'un groupe préexistant ou non, ensuite du fait des demandes sociales plus ou moins précises revendiquées par les manifestants et adressées en direction de l'extérieur, c'est-à-dire aux acteurs politiques, au patronat ou à l'opinion publique. Dès lors, la définition de la manifestation exclut les rassemblements de foule hétérogènes, sans principe unificateur (tels que les foules de consommateurs dans un marché ouvert, par exemple).

²⁹ Danielle Tartakowsky, Olivier Filleul, *La manifestation*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Contester », 2008, à la p. 14.

³⁰ Olivier Filleul, *Stratégie de la rue. Les manifestations en France*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Académique », 1997, à la p. 44.

³¹ Danielle Tartakowsky, Olivier Filleul, *La manifestation*, op. cit., à la p. 13.

³² Ibid., à la p. 14.

³³ Ibid., à la p. 16.

La manifestation, en tant que moment d'effervescence collective, donne aux participants le sentiment d'être nombreux à se mobiliser autour d'une cause commune et à partager les mêmes sentiments. Ainsi, les rassemblements de masse constitutifs de manifestations apparaissent comme des occasions de construire ou de renforcer un groupe social donné à travers la simultanéité de l'action. Ainsi, en tant que rituel de protestation, la manifestation peut contribuer à la création d'un groupe auquel adhèrent les manifestants. Cela a notamment été le cas de la classe ouvrière pour qui la première manifestation du 1^{er} mai 1890 lors de la journée internationale de lutte pour l'obtention de la journée de travail de 8 heures a instauré un important moment d'unification symbolique des pratiques des ouvriers qui demeuraient jusqu'alors disparates³⁴. Dès lors, la manifestation apparaît comme un événement fort de sens aux capacités mobilisatrices³⁵.

Il s'agit avant tout d'un acte d'expression et de communication tournée vers l'extérieur, visant les autorités et l'opinion publique. Si la manifestation se déroule en présence de publics et pour des publics, c'est parce qu'elle a pour objet de se faire connaître, d'une part, et de convaincre, d'autre part³⁶. La recherche d'une influence sur les autorités ou l'opinion publique constitue l'objectif principal d'une manifestation. En effet, elle apparaît comme une interpellation directe des responsables politiques et la recherche d'un contact direct avec les représentants³⁷.

Depuis lors, la manifestation, comme tout mode d'action politique, a subi une institutionnalisation progressive. On observe effectivement depuis le XIX^e siècle un phénomène de normalisation de la manifestation.

Au fil du temps, la manifestation est ainsi devenue un mode d'action politique codifié, au risque d'oublier son caractère perturbateur qui lui est, en principe, intrinsèque. La manifestation doit en effet perturber autant par le nombre de personnes

³⁴ Ibid., à la p. 32.

³⁵ Ibid., à la p. 33.

³⁶ Ibid., à la p. 19.

³⁷ Ibid., aux pp. 67-68.

réunies et l'occupation des lieux publics que par les actions des participants. L'occupation d'un lieu en vue de troubler son utilisation habituelle est directement liée à la dimension expressive et publique de la manifestation. En effet, cette perturbation apparaît comme un élément nécessaire de cette dernière en ce qu'elle assure son efficacité en tant que moyen pour faire valoir des revendications sociales ou politiques³⁸. C'est pourquoi, la codification de l'exercice de la liberté de manifestation risque de lui faire perdre son caractère perturbateur pourtant garant de la publicité du message qu'elle souhaite transmettre. Plus la manifestation apparaîtra comme un mode d'action normalisé et codifié, moins le message exprimé aura d'impact sur le public visé par ce dernier.

La manifestation en tant que mode d'action politique s'adapte au gré des enjeux et des luttes politiques du moment. Ainsi, le « rituel de protestation » que constitue la manifestation est amené à évoluer constamment. Bien que le défilé de rue ait été consolidé en tant que matrice de la manifestation à travers un long apprentissage de la pratique de manifester³⁹, aujourd'hui il ne constitue qu'un élément parmi diverses et multiples actions. En effet, ces dernières années, les manières de manifester se sont multipliées et diversifiées. Aux défilés itinérants et rassemblements statiques s'ajoutent désormais les barrages bloquant ou filtrant, les *sit-in*, ou encore les *flashmobs* et autres performances symboliques à visée expressive. Par conséquent, la manifestation recouvre aujourd'hui un ensemble de procédés hétérogènes ; elle désigne une grande diversité de situations.

Cette constante évolution des pratiques d'expression collective figure parmi les défis majeurs relatifs à l'effectivité normative du droit fondamental de manifester.

3. Les enjeux d'un droit fondamental effectif de manifester en droit comparé français, espagnol et canadien

³⁸ Gabriel Babineau, « La manifestation : une forme d'expression collective » (2012) 53:4 C de D 761 769-770.

³⁹ Danielle Tartakowsky, Olivier Filleul, *La manifestation*, op. cit., à la p. 17.

L'article 21-2 de la *Constitution espagnole* élève la liberté de manifestation au rang le plus élevé de la hiérarchie des normes. Cette reconnaissance implique que la non-conformité d'une norme inférieure à cette dernière entraîne d'office son inconstitutionnalité. On peut donc relever qu'en droit espagnol, la liberté de manifestation bénéficie d'une protection constitutionnelle explicite et relativement spécifique.

La justice constitutionnelle espagnole dispose d'instruments pour assurer cette primauté parmi lesquels figurent les garanties juridictionnelles dont sont titulaires tous les justiciables en vue de les protéger dans l'exercice de leurs droits fondamentaux. Bien que le législateur espagnol - à travers une réserve de loi organique et l'action des autorités administratives qui appliquent un régime de déclaration préalable - puisse restreindre la liberté de manifestation, cette limitation reste toutefois sous le contrôle d'un processus juridictionnel encadré par l'article 53 de la *Constitution espagnole* garantissant la protection constitutionnelle du « contenu essentiel » des droits garantis.

En droit canadien, la liberté de manifestation a été interprétée en tant que composante de la liberté d'expression reconnue à l'*alinéa 2 b)* de la *Charte canadienne*. Cette consécration accorde à la liberté de manifestation une protection juridictionnelle en vertu de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui assure le droit à toute personne, victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont garantis, de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir réparation. De plus, l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pose le principe de primauté de la Constitution en rendant inopérantes les dispositions incompatibles avec les garanties constitutionnelles reconnues. Toutefois, pour pouvoir tenir une telle affirmation, il convient de s'assurer que les garanties de la liberté d'expression recouvrent l'ensemble de la notion de liberté de manifestation. La question est donc de savoir si la protection juridique accordée à cette dernière par le biais de la reconnaissance de la liberté d'expression permet de garantir son effectivité. L'interprétation extensive du contenu de la liberté d'expression par les tribunaux canadiens entraîne-t-elle automatiquement l'élargissement du champ

de protection de la liberté de manifestation ? En fonction du lieu de l'expression, le champ de protection de la liberté d'expression semble s'appliquer aux formes d'expression. Cependant, au-delà d'être une forme d'expression, la manifestation est également une forme de réunion « spéciale ». Lorsque les juges canadiens voient dans la liberté de manifestation uniquement une forme de liberté d'expression, une telle interprétation extensive semble écarter toute possibilité d'appliquer directement les garanties spécifiques qui découlent de la liberté de réunion pacifique consacrée à l'*alinéa 2 c)* de la *Charte canadienne*. Dit autrement, cette approche fait bénéficier la liberté de manifestation exclusivement des garanties de l'*alinéa 2 b)* en écartant celles de l'*alinéa 2 c)*. Or, cette absence de garanties juridiques directes est susceptible de laisser certains éléments de la manifestation dépourvus de protection constitutionnelle.

En droit français, le degré de protection de la liberté de manifestation semble dépendre de l'interprétation retenue, plus ou moins étendue, de la notion d'ordre public. Précisément, plus celui-ci est compris de manière large et indéfinie, plus la marge de manœuvre des autorités compétentes sera grande au moment de restreindre l'exercice de la liberté de manifestation. Des doutes surgissent alors quant à la *fondamentalité* du droit de manifester dès lors que le fondement juridique du système de déclaration préalable auquel est soumis l'exercice de la liberté de manifestation se trouve dans une loi ordinaire. Ce dispositif répond à l'objectif de protection de l'ordre public qui a été élevé, quant à lui, au rang d'objectif de valeur constitutionnelle par le juge constitutionnel français.

En droit espagnol, à l'inverse du droit français, l'ordre public est constitutionnalisé en même temps que la liberté de manifestation. Le système de déclaration préalable auprès des autorités administratives est inhérent à l'objet juridique de la manifestation ; telle a été la volonté du constituant en 1978. En effet, l'article 21-2 de la *Constitution espagnole* dispose que « les réunions dans les lieux de circulation publique et les manifestations feront l'objet d'une communication préalable aux autorités, qui pourront les interdire seulement s'il existe des raisons fondées d'une atteinte à l'ordre public, mettant en danger les personnes ou les biens ». Le modèle

constitutionnel espagnol est donc caractérisé par une constitutionnalisation de la liberté de manifestation simultanée à celle d'une obligation de déclaration préalable. En outre, l'article 21-2 de la *Constitution espagnole* fait mention de l'ordre public et de la « sécurité des citoyens » qui constitueraient la raison d'être et le fondement juridique de la procédure de déclaration préalable.

Le problème de la limitation de la liberté de manifestation en raison de l'occupation de l'espace public susceptible de troubler l'ordre public se pose différemment en droit canadien. En premier lieu, il convient de rappeler qu'au Canada (le seul État fédéral parmi les trois étudiés), l'utilisation de l'espace public par des manifestants pose surtout question en termes de partage des compétences législatives. En matière de liberté de manifestation, c'est l'ordre public local qui est concerné. Les municipalités ont donc la possibilité de mettre en place des régimes préventifs à l'instar de ceux qui existent en droit français et espagnol. La question qui se pose alors est de savoir jusqu'où s'étendent les compétences d'encadrement normatif des municipalités concernant l'utilisation du domaine public pour la tenue de réunions de citoyens.

D'autre part, les exigences d'ordre et de sécurité publics qui fondent le pouvoir de restriction de l'exercice de la liberté de manifestation peuvent inclure la prévention du crime et des infractions. Or, plus l'appréhension du trouble à l'ordre et à la sécurité publics est antérieure à la commission de l'infraction, plus il y a un risque d'empêcher l'effectivité juridique de la liberté de manifestation. La principale difficulté que soulève la prévention des infractions pénales au regard de la liberté de manifestation réside dans le fait que le droit criminel peut directement viser des rassemblements de personnes avant même qu'ils ne deviennent des attroupements pénalement répréhensibles, c'est-à-dire alors qu'ils ne sont encore que des manifestations pacifiques. Or, ce problème a eu tendance à s'intensifier ces dernières années en raison notamment de la montée des préoccupations sécuritaires justifiant l'établissement d'un droit dérogatoire qui est cependant peu à peu devenu la normalité.

À ceci s'ajoute une multiplication des infractions de droit pénal susceptibles de sanctionner des comportements qui peuvent être ceux de manifestants. En effet,

certains délits contiennent des éléments relevant de la définition de l'acte de manifester. De cette façon, le passage de l'exercice d'une liberté fondamentale à la commission d'un acte pénalement sanctionné devient de plus en plus flou et, par conséquent, facile à reconnaître.

4. Question de recherche

La manifestation s'inscrit dans le cadre d'un processus de redéfinition des rapports entre le peuple et ses représentants. En effet, si la manifestation peut venir compléter la participation politique classique, comme le fait de voter ou de militer dans un parti ou un syndicat⁴⁰, ces dernières années, son recours a davantage été corrélé à une désaffiliation politique et au rejet des formes politiques conventionnelles. Ainsi, le recours à la manifestation s'est renforcé de manière continue de sorte que sa légitimité - à la fois cause et conséquence de son institutionnalisation - est désormais largement acquise⁴¹. Néanmoins, reconnaître que le droit de manifester est légitime ne signifie pas qu'il est réellement effectif dans un système juridique. Autrement dit, la consécration d'un droit n'implique pas forcément sa concrétisation normative. Ainsi, on se demandera comment la liberté de manifestation reconnue dans les systèmes juridiques français, canadien et espagnol trouve son effectivité juridique. Autrement dit, de quelle manière ces systèmes intègrent-ils le droit de manifester ? Quelles sont les normes qui organisent ce droit ? Si l'on affirme que le droit de manifester est un droit fondamental, cette *fondamentalité* doit en effet se concrétiser au niveau normatif. On peut alors se demander comment les législateurs ainsi que les autorités investies du pouvoir administratif concrétise l'obligation, que leur impose la *fondamentalité* du droit de manifester, de permettre aux citoyens de manifester leur opinion publiquement ? Comment ce droit est-il mis en œuvre par des actes infra-législatifs ? Si l'on se penche sur la concrétisation normative du droit de manifester, il importe aussi de se demander où les compétences de restriction du droit de manifester détenues par le législateur et

⁴⁰ Ibid., à la p. 54

⁴¹ Ibid., aux pp. 49-50.

les autorités administratives s'arrêtent-elles ? Par ailleurs, quelles sont les obligations qui résultent de ces exigences pour ces organes ? Enfin, quel est le rôle des juges, garants de la liberté individuelle, dans la protection de cette liberté fondamentale ? C'est en tentant de répondre à l'ensemble de ces interrogations qu'il sera possible d'identifier l'étendue de la protection juridictionnelle effective de la liberté de manifestation en droit français, canadien et espagnol. Il s'agira ainsi de déterminer dans quelle mesure il est possible de parler d'un droit fondamental de manifester.

5. La thèse soutenue

À ce jour, aucune recherche juridique comparative ne s'est penchée sur l'analyse des différences de concrétisation normative de la liberté de manifestation réalisée en droit français, canadien et espagnol sachant que chacun de ces systèmes juridiques a des particularités instructives. Ces dernières mettent en lumière les difficultés que connaît, de manière générale, l'effectivité juridique de cette liberté.

Alors même que la notion de manifestation se définit sensiblement dans les mêmes termes en France, au Canada et en Espagne, les trois ordres juridiques l'accueillent d'une manière tout à fait distincte. Pour autant, les mécanismes de limitation de l'exercice de la liberté de manifestation adoptés au sein des trois ordres juridiques étudiés semblent pareillement confiner le droit de manifester à une simple tolérance.

Si tolérer est entendu comme le fait de permettre ce que l'on peut empêcher, on est effectivement tenté de parler de tolérance de la manifestation plutôt que de liberté fondamentale. Ainsi, même s'il est possible de constater que certaines manifestations se déroulent sans restriction, il n'en demeure pas moins, que les pouvoirs publics, sur l'autel de la protection de la sécurité et de l'ordre publics, disposent d'un fondement juridique, semble-t-il inépuisable, pour justifier légalement des restrictions à leur exercice. En revanche, la nature et le degré de cette tolérance varient d'un système juridique à l'autre en fonction de la délimitation des exigences d'ordre et de sécurités publics qui a été retenue. Plus celles-ci seront floues et au contenu variable, plus les

autorités bénéficieront d'un pouvoir étendu de limitation de l'exercice de la liberté de manifestation dont le fondement est alors susceptible de changer au gré du contexte. Or, l'indétermination du fondement de la compétence de limitation de l'exercice de la liberté de manifestation rend de fait l'existence de protections juridictionnelles et toute intervention du juge dérisoire. De cette façon, les garanties juridictionnelles des droits et libertés des citoyens paraissent avoir peu de poids en cas de volonté politique majoritaire des représentants de restreindre l'expression citoyenne dans l'espace public. En effet, sous couvert d'exigence de sécurité et d'ordres publics, les autorités compétentes peuvent largement restreindre, à leur guise, la manifestation d'opinions par les citoyens.

Ainsi, en l'absence de garanties rigoureuses quant à la délimitation du pouvoir de restreindre l'exercice de la liberté de manifestation, il sera difficile de parler d'un droit fondamental de manifester juridiquement effectif.

6. Le cadre méthodologique

Ce travail de recherche se concentrera sur la question de l'effectivité de la liberté de manifestation dans trois ordres juridiques distincts qui consacrent différemment le droit de manifester. Si la liberté de manifestation fait l'objet de peu d'analyses juridiques en France, au Canada et en Espagne, les études juridiques comparatives sont encore plus rares sur le sujet, voire inexistantes concernant ces trois pays. La délimitation exacte de ce droit à l'actualité croissante montre des variantes complexes, instructives et jusqu'ici peu étudiées en droit constitutionnel comparé, qui plus est dans le cadre juridique du normativisme. Le cadre théorique du positivisme normatif, dans lequel s'inscrit cette étude, permet d'éviter autant que possible de traiter de questions relatives à des considérations d'ordre politique ou philosophique soulevées par le droit de manifester qui, loin d'être dépourvues d'intérêt, nuisent à la compréhension des enjeux proprement juridiques de l'effectivité du droit de manifester (a). L'intérêt de cette recherche réside également dans l'appréhension de la liberté de manifestation à travers le prisme de la comparaison des ordres juridiques français, canadien et espagnol

qui, au-delà d'une reconnaissance distincte du droit fondamental de manifester, révèle des difficultés similaires quant à son effectivité juridique (b).

a. L'apport de l'approche normativiste

Le droit de manifester suscite le plus souvent des réactions plutôt que de véritables analyses. On trouve très peu d'études juridiques qui se penchent sur les problèmes juridiques attachés à la notion même de manifestation au sein des ordres juridiques des démocraties occidentales.

L'approche méthodologique retenue pour ce travail de recherche s'intéresse aux systèmes de normes tels qu'ils existent et s'organisent. Il s'agira ainsi, d'une part, d'observer la concrétisation du droit de manifester en règles juridiques et l'organisation de ces règles dans un ordre juridique donné et, d'autre part, d'en observer l'application au regard du principe de hiérarchie des normes.

L'ordre juridique est ici entendu comme un ordre normatif globalement efficace et assortis de contraintes encadrant la conduite humaine⁴². La juridicité d'une norme s'observe lorsque sa violation déclenche une sanction, au sens d'effet juridique. Le cadre théorique du normativisme s'intéresse aux relations qu'entretiennent les normes entre elles et leurs conséquences au regard du principe de hiérarchie des normes. Par conséquent, pour qu'une norme soit valide dans un système normatif, elle doit être conforme aux normes qui organise sa production⁴³, si elle est valide à ce titre, il conviendra ensuite d'examiner sa *conformité* aux exigences la concernant en substance. Il s'agit ici de procéder à un *calcul des défauts de la norme*⁴⁴. Ainsi, la conformité des lois ordinaires est conditionnée à leur respect des droits et libertés constitutionalisés,

⁴² Otto Pfersmann, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », in Jean Luc Petit (sld.), *La querelle des normes – Hommage à Georg Henrik von Wright*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, n 27 (1995), p. 69-113.

⁴³ Otto Pfersmann, « Carré de Malberg et « la hiérarchie des normes » », in *Revue Française de droit constitutionnel* n 31 (1997), pp.481-509.

⁴⁴ *Ibid*

situés au sommet de la pyramide de la hiérarchie des normes⁴⁵. Cette analyse tenant compte du principe de hiérarchie des normes s'effectue à tous les degrés de concrétisation.

Même si la liberté de manifestation bénéficie d'une reconnaissance constitutionnelle distincte dans les trois systèmes juridiques analysés, elle dispose partout d'une valeur normative supra-législative. Ainsi, en vertu du principe de hiérarchie normative, les normes de rang inférieur doivent être conformes à la liberté de manifestation qui a été consacrée en soi par le pouvoir constituant espagnol et comme une extension de la liberté d'expression par les juges constitutionnels français et canadien. Les normes juridiques encadrant de près ou de loin l'exercice de la liberté de manifestation feront l'objet d'une analyse rigoureuse visant à vérifier leur conformité juridique. Un tel examen conduira, dans un premier temps, à se pencher sur les limitations et les degrés de restriction constitutionnellement admissibles que connaît la liberté de manifestation. Puis, il s'agira de considérer les garanties dont bénéficie cette liberté individuelle visant à assurer son effectivité au sein des trois ordres juridiques étudiés.

Loin d'être un simple portrait des dispositions en vigueur, ce travail de recherche examine les conséquences normatives des garanties juridictionnelles de la liberté de manifestation prévues dans les ordres juridiques français canadien et espagnol ainsi que les conséquences prévisibles qui découlent de l'interaction de règles répondant au principe de hiérarchie normative.

b. L'approche comparée et le choix des pays

L'approche comparée offre une lecture particulière du droit. Elle apparaît, en effet, comme un outil permettant de reconstituer des notions générales pour décrire la

⁴⁵ Tenant compte toutefois, de la hiérarchisation interne à l'ensemble dénommé « Constitution ». Voir Otto Pfersmann, « La production des normes, production normative et hiérarchie des normes » in Michel Troper, Dominique Ghagnollaud, *Traité international de droit constitutionnel*, vol.2, Dalloz 2012, pp.507-514

concrétisation normative d'un droit et les difficultés que celle-ci rencontre. L'approche comparée permet ainsi de se concentrer davantage sur les questions épistémologiques et d'offrir une analyse juridique rigoureuse. En l'espèce, la perspective comparative est donc envisagée en tant qu'instrument méthodologique visant à identifier et à comprendre les difficultés attachées à la concrétisation normative de la notion de droit de manifester au sein des systèmes constitutionnels français, canadien et espagnol. La comparaison permet d'analyser et de qualifier la structure juridique d'un droit national de manière plus précise. Dès lors, les difficultés ou les particularités rencontrées par un système juridique à l'heure de rendre effective la liberté de manifestation pourront être mieux appréhendées à la lumière d'autres ordres juridiques proposant des mécanismes juridiques différents.

Dans cette étude, en matière de liberté de manifestation, l'exemple espagnol présente une particularité notable. Il est effectivement le seul des trois ordres juridiques analysés à consacrer de manière explicite aux citoyens le droit d'occuper l'espace public pour exercer les libertés de réunion et de manifestation constitutionnellement reconnues. Précisément, s'inspirant du modèle constitutionnel allemand⁴⁶, l'article 21-2⁴⁷ de la *Constitution espagnole* a consacré la liberté de manifestation en lui associant un régime juridique spécifique. C'est à partir de cette spécificité qu'il est intéressant d'analyser le régime juridique de la liberté de manifestation qui, dans les cas français et canadien, est considérée comme le prolongement de la liberté d'expression. L'exemple espagnol peut ainsi nous donner des clefs de compréhension intéressantes

⁴⁶ Article 8 de la *Loi fondamentale allemande*, version française [en ligne : https://www.bundestag.de/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamental_e-data.pdf]:

« Tous les Allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans arme, sans déclaration ni autorisation préalable. En ce qui concerne les réunions en plein air, ce droit peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi ».

⁴⁷ Article 21 de la *Constitution espagnole*, version française [en ligne : <http://www.tribunalconstitucional.es/en/constitucion/Pages/ConstitucionFrances.aspx>]:

« On reconnaît le droit de se réunir pacifiquement et sans arme. L'exercice de cette liberté n'est pas soumis à l'autorisation préalable. Les réunions dans des lieux de circulation publique et les manifestations feront l'objet d'une communication préalable aux autorités, qui pourront l'interdire seulement s'il existe des raisons fondées d'une atteinte à l'ordre public, mettant en danger les personnes ou les biens ».

quant aux difficultés rencontrées par les systèmes normatifs français et canadien s'agissant de leur choix de reconnaître la liberté de manifestation en tant qu'extension de la liberté d'expression.

La particularité du droit canadien à l'heure d'appréhender le sujet de la liberté de manifestation réside quant à lui dans le caractère fédéral de son droit constitutionnel ainsi que dans son modèle de justice constitutionnelle d'inspiration nord-américaine plutôt qu'européenne. Malgré une forte influence du droit anglais en matière de libertés individuelles, qui repose sur la tradition britannique de la *common law*, le Canada, lors du « rapatriement » de la Constitution en 1982, a décidé de se doter d'un « catalogue de droits fondamentaux ». Dès lors, les principes de la *common law* s'appliquent seulement en cas de silence du droit constitutionnel écrit. La *Charte canadienne* consacre aux articles 2 b) et c) les libertés d'expression et de réunion pacifique. Concernant la protection constitutionnelle de la liberté de manifestation, malgré une reconnaissance explicite de la liberté de réunion pacifique, la Cour suprême canadienne n'a pas suivi le modèle juridique espagnol qui consacre la liberté de manifestation comme une forme de réunion pacifique. Le juge canadien a préféré procéder, à l'instar du juge français, à l'extension du champ de protection de la liberté d'expression. Or, le contentieux canadien de la liberté de manifestation met en lumière les conséquences du silence jurisprudentiel et doctrinal⁴⁸ dont souffre la liberté de réunion pacifique. En relevant les failles de la reconnaissance jurisprudentielle de l'application du droit d'expression *mutatis mutandis* au droit de réunion pacifique, il sera possible de mettre en lumière les spécificités des garanties de la liberté de réunion pacifique lorsqu'elle s'applique à la manifestation.

Le droit français présente, pour sa part, une originalité toute particulière. La reconnaissance singulière des libertés fondamentales entraîne une mise en application et une protection juridique toute aussi singulières des libertés fondamentales en général

⁴⁸ Voir : Gabriel Babineau, « La manifestation : une forme d'expression collective », op. cit., à la p. 774 ; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., vol. 2, Toronto, Carswell, 2007, feuilles mobiles, à la p. 44-2.

et de la liberté de manifestation en particulier. Selon la tradition juridique française, les droits et libertés fondamentaux sont absents du corps du texte constitutionnel. En effet, à la différence de la *Constitution espagnole* et de la *Charte canadienne*, la *Constitution française* de 1958 ne comprend pas un catalogue détaillé de droits fondamentaux. C'est à partir de la « décision fondatrice »⁴⁹ du 16 juillet 1971⁵⁰ que le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle des droits civils et politiques auxquels le préambule de la Constitution fait référence. Toutefois, la liberté de manifestation étant absente de ces nouvelles libertés explicitement reconnues, ni le juge constitutionnel ni le juge administratif n'étaient compétents pour garantir le droit de manifester sur la voie publique. Pis, cette possibilité d'expression collective a été expressément interdite par la loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion⁵¹ et par le décret-loi de 1935 sur la réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public⁵². Le seul moyen de voir émerger un droit de manifestation au sein du paysage juridique français a été de reconnaître un droit de manifestation en tant qu'instrument de la liberté d'expression constitutionnellement reconnue. Ce n'est qu'en 1995 que le Conseil constitutionnel a ainsi considéré la « liberté d'expression collective des idées et des opinions » qui a été interprétée par la doctrine comme une reconnaissance constitutionnelle de la liberté de manifestation en droit français. D'autre part, la révision constitutionnelle de 2008, en introduisant la *question prioritaire de constitutionnalité*, a ouvert la possibilité de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi sur laquelle se fonde un acte administratif qui restreint une liberté fondamentale. Il est donc pertinent et tout à fait d'actualité de se pencher

⁴⁹ Louis Favoreu, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., à la p. 61.

⁵⁰ Cons. const., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*,

⁵¹ Article 6 de la loi du 30 juin 1881 : « *Les réunions ne peuvent être tenues sur la voie publique* ».

⁵² Décret-loi du 23 octobre 1935 portant sur la réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre, JO, 23 octobre 1935, [abrogé par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012], article 1-1 :

« Les réunions sur la voie publique sont et demeurent interdites dans les conditions prévues par la loi du 30 juin 1881, article 6 ».

sur les effets de l'ouverture relativement récente d'une telle protection constitutionnelle sur la garantie effective de la liberté de manifestation.

7. Le plan de l'étude

L'étude comparative permet en ce sens de mieux comprendre les notions juridiques abordées. Pour une meilleure appréhension des difficultés relatives à l'effectivité juridique de la liberté de manifestation au sein des systèmes constitutionnels français, canadien et espagnol, il convient de distinguer le droit d'organiser une manifestation de celui d'y participer. En effet, il semble qu'il existe deux formes d'exercice de la liberté de manifestation *a priori*, le droit d'organiser une manifestation ne bénéficie pas d'un régime aussi libéral que le droit d'y participer dès lors qu'elle peut être soumise, dans les trois systèmes juridiques étudiés, à une obligation de déclaration préalable. Ce régime préventif semble trouver sa justification dans la notion juridique d'ordre public. Le droit d'organiser une manifestation est largement soumis à l'appréciation du trouble à l'ordre public, compétence entre les mains des autorités administratives qui peuvent interdire préalablement toute manifestation lorsqu'elles supposent que celle-ci peut conduire à troubler l'ordre public. Or, si ce dernier est indéterminé ou compris de manière trop étendue, il est possible de justifier de nombreuses limitations à l'organisation d'une manifestation. Dans ce cas, il ne sera pas possible de parler de droit de manifester mais seulement de tolérance de manifester (Partie 1).

Alors que le droit d'organiser une manifestation est apparu pendant longtemps comme le parent pauvre de la liberté de manifestation, les limitations croissantes de la libre participation à une manifestation ces dernières années semblent démontrer que la compétence de restreindre le droit d'organiser une manifestation n'a rien à envier à celle de restreindre sa participation. En effet, bien que le droit de participer à une manifestation soit *a priori* à l'abri d'une censure préalable à laquelle peut être tenue son organisation, elle reste néanmoins largement soumise à des restrictions indirectes.

Les nombreuses limitations apportées à la libre circulation et la multiplication des délits et infractions de troubles à l'ordre public sont effectivement autant de moyens détournés de restreindre la participation à une manifestation (Partie 2).

PREMIERE PARTIE

LA LIBERTÉ D'ORGANISER UNE MANIFESTATION

S'il existe des manifestations spontanées en réaction à un événement ou à une situation, l'exercice de la manifestation implique souvent un temps d'organisation dès lors qu'il suppose la concentration d'un certain nombre de personnes à un même endroit dans l'espace public, pour défendre une même opinion. Ainsi, le temps de l'organisation semble nécessaire aussi bien pour les manifestants eux-même que pour les autorités responsables de la sécurité publique. C'est au nom de cette sécurité publique que le constituant espagnol a opté pour le régime de la déclaration préalable en matière de liberté de manifestation. On retrouve la même volonté de soumettre l'organisation de l'exercice de la manifestation à une obligation de déclaration préalable chez le législateur français. Ce régime préventif que l'on peut également retrouver en droit canadien à l'échelle provinciale, implique un pouvoir de restriction préventif de l'exercice de la manifestation.

Si en principe, il est exclu que ce pouvoir de restriction préventif concerne directement le contenu de l'opinion exprimée, on observe que plus le concept de sécurité publique justifiant les restrictions préventives de l'exercice de la manifestation sera indéterminé, plus il sera possible d'utiliser de manière détournée ce pouvoir pour censurer préalablement l'expression d'une opinion (Titre 1).

Le pouvoir préventif de restriction qui découle de l'obligation préalable à l'exercice de la manifestation est en principe réservé aux modalités d'exercice de la manifestation pour concilier son exercice avec les autres utilisations de l'espace public. Néanmoins, les modalités d'exercice de la manifestation telles que le lieu et le moment

manifestants, sont indifférentiables du contenu exprimé de sorte qu'amputer la manifestation d'une de ses modalités prévues par les organisateurs revient à porter atteinte à la liberté de manifestation, s'il en est (Titre 2).

TITRE 1

LE POUVOIR D'INTERDIRE UNE MANIFESTATION DU FAIT DU CONTENU DU MESSAGE

Traditionnellement, dans une société démocratique, la liberté d'exprimer son opinion connaît peu de limites⁵³. Pourtant, si la liberté d'expression était absolue, il existerait un principe prohibant toute espèce de limitation. Or c'est bien l'inverse que l'on retrouve en matière de liberté d'expression. De fait, les systèmes constitutionnels français, canadien et espagnol comportent un certain nombre de dispositions législatives qui incriminent l'expression d'une opinion. En effet, la liberté d'expression loin d'être une liberté s'exerçant sans limite peut connaître de nombreuses restrictions. Ainsi, une manifestation qui a pour objet de faire l'apologie de crimes, d'inciter à la haine ou encore de diffamer ou d'injurier une personnalité publique ou privée, est susceptible d'être exclue des garanties de la liberté d'expression et d'être pénalement sanctionnée. Néanmoins, en tant que liberté fondamentale, le pouvoir de restreindre son exercice répond lui-même à un certain nombre de limites. D'abord, il revient seulement à la loi d'organiser l'exercice de la liberté d'expression. De cette façon, on exclut la compétence gouvernementale pour incriminer l'expression d'une opinion. (Chapitre 1) Ensuite, si le législateur peut édicter des interdictions d'expression de certaines opinions, ces interdictions doivent se borner à un régime répressif qui apparaît comme une autre garantie de la liberté d'expression. Autrement dit, en matière de liberté d'expression, la possibilité d'un régime préventif, impliquant un pouvoir de

⁵³ Rolland Patrice, « Du délit d'opinion dans la démocratie » in *Pouvoir et libertés Études offertes à Jacques Mourgeons*, Bruylant, Bruxelles, p. 659

censure préalable de la part du gouvernement est en principe, à exclure. Si la manifestation est un mode d'exercice de la liberté d'expression alors elle bénéficie *a priori* de ces considérations qui posent l'absence de toute censure préalable comme le principe. Néanmoins, la manifestation apparaît comme un mode d'exercice particulier d'expression notamment du fait de l'utilisation de la voie publique. Dès lors, en matière de manifestation des régimes de contrôle préventif de la part des autorités administratives persistent en vertu de leur pouvoir en matière de maintien de l'ordre public. Ces régimes préventifs propres à la manifestation permettent aux autorités administratives de les interdire. Un tel pouvoir d'interdiction de manifestation de la part des autorités administratives porte un risque inhérent de censure de l'expression d'une opinion, alors même que cette compétence est strictement réservée au législateur. (Chapitre 2)

CHAPITRE 1

LA COMPÉTENCE LEGISLATIVE D'INTERDIRE L'EXPRESSION DE CERTAINES OPINIONS

L'absence de vérité officielle propre à la démocratie différencie cette dernière des autres régimes politiques⁵⁴. La possibilité d'exprimer une opinion est donc un élément essentiel du régime politique démocratique⁵⁵ caractérisant la France, l'Espagne ou encore le Canada qui entretiennent généralement une aversion envers l'interdiction de certaines expressions pour « délit d'opinion »⁵⁶. Cette hostilité fait écho à la prémisse selon laquelle, dans une démocratie, on ne combat pas les « mauvaises idées » par la loi mais à travers les armes de la parole et de la raison⁵⁷.

Pour Benjamin Constant, les individus doivent jouir d'une entière liberté d'opinion - en leur for intérieur ou en l'exprimant -, aussi longtemps que cette liberté ne produise pas de conséquences nuisibles pour autrui. En effet, dès lors que l'expression de certaines opinions peut être appréhendée comme la cause directe d'un dommage, il est possible de l'interdire du fait de ses effets préjudiciables. Ainsi, comme tout autre comportement, l'expression d'une opinion peut faire l'objet d'une restriction dès lors qu'elle porte atteinte à un « bien juridique protégé »⁵⁸.

⁵⁴ Michel Troper, « La loi Gayssot et la Constitution » (1999) 54 è année, N 6 Annales. Histoire, sciences sociales, 1251.

⁵⁵ Patrice Rolland, « Du délit d'opinion dans la démocratie » dans *Pouvoir et libertés Études offertes à Jacques Mourgeons*, Bruxelles, Bruylant, à la p. 663.

⁵⁶ Thomas Hochmann, « Qu'est-ce qu'un délit d'opinion » (2012) 53 Cahier de Droit 793 p.795

⁵⁷ Patrice Rolland, « Du délit d'opinion dans la démocratie », op. cit., à la p. 668.

⁵⁸ Thomas Hochmann, « Qu'est-ce qu'un délit d'opinion », op. cit., à la p. 808.

Loin d'interdire toute possibilité de limiter l'expression de certaines opinions, les systèmes constitutionnels français, canadien et espagnol consacrent un principe de liberté d'expression qui n'est pas sans limites. Néanmoins, la première des garanties de la liberté d'expression réside dans la compétence exclusivement réservée au législateur d'interdire l'expression d'une opinion ; un monopole faisant - *a priori* - obstacle à la possibilité pour le gouvernement de le faire (Sous-chapitre 1). Toutefois, cette compétence législative n'est pas non plus illimitée. Il demeure une limite au pouvoir de limitation : les intérêts et droits individuels qu'il convient de protéger contre l'expression de certaines opinions (Sous-chapitre 2).

Sous-chapitre 1. La garantie formelle de la compétence législative pour interdire l'expression d'une opinion

La liberté d'expression, qui apparaît comme l'une des libertés les plus précieuses dans nos démocraties, n'est cependant pas inconditionnelle. Elle consiste de fait moins dans l'interdiction de limiter l'expression d'opinions que dans le principe d'exclusivité de la compétence législative pour le faire. En effet, il découle du modèle de démocratie représentative le principe selon lequel, seuls les représentants des citoyens disposent de la compétence de porter atteinte aux droits de ces derniers. Les systèmes constitutionnels français, espagnol et canadien, chacun à leur manière, se conforment à ce principe.

Outre une consécration constitutionnelle explicite de la compétence législative d'incriminer l'expression d'une opinion ayant des conséquences dommageables, les systèmes constitutionnels français et espagnols ne permettent pas au législateur de déléguer de manière illimitée son pouvoir de limitation en matière de liberté d'expression. Dans le système constitutionnel canadien, s'agissant d'un État fédéral, la question de la compétence d'interdire l'expression d'une opinion se pose davantage du point de vue de la répartition des compétences entre le pouvoir fédéral et le pouvoir provincial (Section 1).

Même si au sein des trois systèmes constitutionnels étudiés on retrouve une semblable garantie de la compétence législative en matière d'interdiction d'exprimer certaines opinions, c'est dans le système constitutionnel espagnol que cette compétence est la plus encadrée au profit, donc, d'une garantie plus importante de la liberté d'expression. En effet, la Constitution espagnole pose non seulement un principe de réserve de loi organique mais met également hors de portée de la compétence législative les aspects dits « essentiels » de la liberté d'expression. On ne retrouve pas de pareilles garanties au sein des systèmes constitutionnels français et canadien. Si ces derniers peuvent se rapprocher concernant la large marge de manœuvre laissée au législateur par le constituant pour restreindre les opinions pouvant être exprimées publiquement, le modèle canadien se distingue toutefois des deux autres par la survivance d'une certaine suprématie législative (Section 2).

Section 1. La suprématie législative en matière d'incrimination d'une expression

Outre de garantir la compétence législative en matière d'incrimination d'une expression, le principe de la réserve de loi que l'on retrouve au sein des systèmes constitutionnels français et espagnol fait obstacle à une compétence du pouvoir exécutif en matière de restriction de la liberté d'expression. À la réserve de loi particulièrement renforcée dans le modèle espagnol - puisqu'il s'agit d'une réserve de loi organique -, s'ajoute l'impossibilité pour les législateurs français et espagnol de déléguer de manière illimitée au pouvoir réglementaire leur compétence pour incriminer une expression (A).

Le système constitutionnel du Canada, en tant qu'État fédéral dans le cadre duquel les pouvoirs sont répartis entre deux ordres de gouvernement, prévoit que l'incrimination pénale d'un discours relève de la compétence du parlement fédéral. Pour autant, une loi provinciale prohibant la diffusion publique d'un certain message n'est pas automatiquement exclue. En effet, même si une loi provinciale ne peut directement incriminer un discours, elle peut, au regard des nombreuses compétences

attribuées au législateur provincial, interdire indirectement la diffusion publique de certains messages (B).

A. Le principe de la réserve de loi en matière d'incrimination d'expression dans le modèle européen

1. Le principe de réserve de loi comme première garantie de la liberté d'expression

Dans les systèmes de protection des droits fondamentaux, la liberté d'expression occupe une place essentielle dès lors qu'elle découle de la liberté de pensée, fondement de la liberté individuelle, et qu'elle conditionne l'existence d'autres droits fondamentaux⁵⁹. Ainsi, il n'est pas surprenant que la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789 (*Déclaration*) ait érigé la liberté d'expression ou, plus précisément, la libre communication des pensées et des opinions, comme « *l'un des droits les plus précieux de l'Homme* ». Il n'est pas non plus étonnant que la liberté d'expression figure dans toutes les Constitutions modernes qui garantissent des droits fondamentaux.

Cependant, dès 1789, le principe selon lequel la liberté d'expression n'est ni absolue ni illimitée a été posé. On le retrouve aujourd'hui tant dans la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* (*Convention européenne*) que, de l'autre côté de l'Atlantique, dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Charte canadienne*).

En définitive, le principe de la liberté d'expression consiste moins en l'interdiction de limiter cette dernière que dans l'obligation qu'une telle restriction émane du législateur⁶⁰. Cette exclusivité du parlement peut trouver une justification dans le rapport particulier qui lie les droits fondamentaux à la compétence législative. En effet, il découle du modèle de démocratie représentative la nécessité de permettre aux seuls représentants des citoyens de porter atteinte aux droits de ces derniers.

⁵⁹ Bertrand Mathieu, « La liberté d'expression en France de la protection constitutionnelle aux menaces législatives » (2007) 1 RDP 231.

⁶⁰ Michel Troper, « La loi Gayssot et la Constitution », op. cit., à la p. 1243.

L'article 11 de la *Déclaration* énonce ainsi que « *tout citoyen peut parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminée par la loi* ». En outre, son article 10 dispose que « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions pourvu que leur manifestation, ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ». Ainsi, tant l'article 10 que l'article 11 de la *Déclaration* confient expressément au domaine de la *loi* la détermination des cas dans lesquels il y a lieu de considérer des abus de la liberté d'expression⁶¹. Au sein de l'ordonnancement juridique français, depuis la décision du Conseil constitutionnel de 1971⁶² qui a fait entrer la *Déclaration* dans le « bloc de constitutionnalité », le principe de la réserve de loi contenu dans les articles 10 et 11 précités, spécifique à la liberté d'expression, s'ajoute au principe de la réserve de loi général de l'article 34 de la *Constitution française*. Il s'agit là d'un renforcement du fondement constitutionnel de l'obligation selon laquelle seul le législateur peut intervenir lorsqu'il s'agit de borner l'exercice de la liberté d'expression.

La plupart des constitutions européennes actuelles se conforment à ce principe de la réserve de loi en matière de droit fondamentaux⁶³. La *Constitution espagnole* ne fait pas exception. Si son article 20.1 a) consacre le « *droit d'exprimer et de diffuser librement les pensées, les idées et les opinions par la parole, par l'écrit ou par tout autre moyen de reproduction* », son article 53 prévoit toutefois que c'est seulement par la voie législative qu'il est possible « *de réglementer l'exercice des libertés et des droits qui sont protégés [...]* » et donc notamment de restreindre la liberté d'expression. Autrement dit, en cas d'abus de la liberté d'expression entraînant des dommages, seule

⁶¹ Laurent Pech, *La liberté d'expression et sa limitation : les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes, Allemagne, France et Convention européenne des droits de l'Homme*, LGDJ, collection des thèses de l'école doctorale de Clermont Ferrand, 2003, à la p. 37.

⁶² Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*,

⁶³ Louis Favoreu (dir), *Droit constitutionnel*, 21^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis », à la p. 375 et 944 et s. Laurent Pech, *La liberté d'expression et sa limitation : les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes, Allemagne, France et Convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., à la p. 42.

une loi pourra poser les termes du régime de responsabilité pénale ou civile applicable⁶⁴. À l'instar du texte constitutionnel français, la *Constitution espagnole* octroie donc au seul législateur la compétence d'édicter des règles susceptibles d'être attentatoires à ce droit fondamental qu'est la liberté d'expression.

La liberté d'expression, en France comme en Espagne, jouit donc d'une double garantie : d'une part en tant que liberté constitutionnellement protégée ; d'autre part, au titre de l'article 10 de la *Convention européenne*. Pour autant, concernant la garantie de la compétence législative en matière d'incrimination d'une expression, la *Convention* n'est en réalité pas d'un très grand recours⁶⁵. En effet, si son article 10-2 semble poser le principe de la réserve de loi⁶⁶, celui-ci s'apprécie exclusivement au regard de son acception matérielle et non d'un point de vue formel : le principe de la réserve de loi au sens de la *Convention européenne* signifie seulement qu'il est possible de porter atteinte à un droit reconnu uniquement si cette action trouve un fondement légal au sein du système normatif auquel ce droit appartient. Le principe ainsi consacré vise à éviter que des droits fondamentaux soient restreints de manière arbitraire. À l'inverse des systèmes constitutionnels français et espagnol, la *Convention* ne se préoccupe donc guère de savoir si, formellement, la loi limitant la liberté d'expression émane du législateur ou non.

Le principe de la réserve de loi tel qu'il est entendu dans les Constitutions française et espagnole, qui suppose une compétence irréductible du législateur, va de pair avec l'exclusion de la compétence gouvernementale en matière de droits fondamentaux. En effet, comme le rappelle l'article 6 de la *Déclaration*, c'est la loi qui exprime la volonté générale. Selon le principe de la réserve de loi, les droits

⁶⁴ Michel Troper, « La loi Gayssot et la Constitution », op. cit., à la p. 1242.

⁶⁵ Laurent Pech, *La liberté d'expression et sa limitation : les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes, Allemagne, France et Convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., à la p. 42.

⁶⁶ Article 10-2 de la *Convention européenne* :

« L'exercice des libertés [d'expression, d'opinion et de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées] comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi ».

fondamentaux ne peuvent être limités que par la volonté générale ; la compétence de l'organe exécutif est donc exclue⁶⁷.

Par conséquent, on peut considérer que les articles 34 de la Constitution française et 53 de la Constitution espagnole excluent la compétence de l'exécutif au moment de définir l'essentiel des règles applicables à l'exercice de la liberté d'expression.

À cet égard, il convient de rappeler que ce n'est pas le législateur qui fixe le domaine de la loi mais la Constitution qui impose un domaine de compétence au législateur. Or, l'article constitutionnel qui détermine les compétences attribuées au législateur ne peut être seulement considéré comme une disposition attributive de compétences⁶⁸. En ce sens, tant pour le Conseil constitutionnel français que pour le Tribunal constitutionnel espagnol, la compétence législative n'est pas seulement formelle ; elle est également matérielle. Le législateur ne peut la déléguer de manière illimitée au pouvoir réglementaire, auquel cas il irait à l'encontre de son obligation constitutionnelle de fixer les règles guidant l'action du gouvernement⁶⁹. La loi en question serait alors vraisemblablement invalidée par le juge constitutionnel au motif qu'elle ne borne pas suffisamment les limites apportées à la liberté d'expression et accorde trop de pouvoirs aux administrations et aux juridictions.

En droit espagnol, une disposition législative qui délègue de manière illimitée au pouvoir réglementaire la compétence d'incriminer une expression serait invalidée ; sauf si elle est strictement encadrée par des normes posées par le législateur.

En droit français, la notion d'abstention inconstitutionnelle du législateur a été développée par le Conseil constitutionnel en matière d'encadrement des libertés publiques à travers le vice d'« incompétence négative ». En matière de législation de

⁶⁷ STC, 83/1984, 23 juillet 1984, FJ4.

⁶⁸ Bertrand Mathieu, « La liberté d'expression en France de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », op. cit., à la p. 231.

⁶⁹ Juan Jose Solozabal, « Los limites de los derechos y el sistema normativo » (2003) 17 *Derecho Privado y Constitución* et Jérôme Trémeau, *La réserve de loi : compétence législative et constitution*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, collection « Droit public positif », 1997, aux p. 259-260.

la liberté d'expression, ce vice d'inconstitutionnalité est presque automatiquement contrôlé par le Conseil constitutionnel qui n'hésite pas à le soulever d'office s'il n'est pas invoqué par les requérants au moment de la saisine⁷⁰. Dans une décision du 26 juillet 1984, après avoir établi que la liberté de communication des pensées et des opinions constituait une liberté fondamentale, le Conseil constitutionnel a effectivement sanctionné le législateur pour avoir « *méconnu sa compétence en [...] abandonnant au pouvoir réglementaire la détermination du champ d'application de la règle* »⁷¹ qu'il pose⁷². L'article 34 de la Constitution assigne la liberté d'expression au domaine à la loi⁷³.

2. La réserve de loi organique espagnole et l'abstention inconstitutionnelle français en matière d'incrimination d'expression

L'article 53 de la *Constitution espagnole* prévoit que « *c'est seulement par la loi, qui dans tous les cas doit en respecter le contenu essentiel, que l'on peut réglementer l'exercice des libertés et des droits qui sont protégés* ».

Bien qu'au sein de l'ordonnancement juridique espagnol la loi puisse revêtir plusieurs formes, ce ne sont pas toutes les normes ayant force de loi qui peuvent incriminer une expression.

En premier lieu, la réserve de loi posée par cette disposition constitutionnelle ne se limite pas à la compétence du législateur national ; de fait, elle s'étend aussi aux législateurs des Communautés autonomes. Néanmoins, en vertu du principe garantissant l'égalité de tous les Espagnols, consacré à l'article 149.1 de la *Constitution espagnole*, la compétence de limitation de la liberté d'expression posée dans son article 20 a) est en principe exclusivement réservée au législateur national. En effet, une

⁷⁰ Dominique Rousseau, Pierre Yves Gahdoun, Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd., LGDJ, à la p. 287.

⁷¹ Cons. const., 26 juillet 1984, n° 84-173 DC, *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*, considérant 4.

⁷² Jérôme Trémeau, *La réserve de loi : compétence législative et constitution*, op. cit., à la p. 258.

⁷³ Thierry Renoux, « Incompétence négative », dans Olivier Duhamel et Yves Mény (dirs.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, à la p. 496.

limitation de la liberté d'expression de la part du législateur local se heurterait au principe d'égalité de tous les Espagnols dans l'exercice de leurs droits constitutionnels⁷⁴. Autrement dit, limiter substantiellement la liberté d'expression à l'échelle d'une Communauté autonome romprait avec le principe constitutionnel d'égalité. C'est pourquoi, la compétence législative des Communautés autonomes est exclue en matière de limitation substantielle de la liberté d'expression au profit de la compétence du législateur national. Cette solution rappelle le principe de l'application uniforme d'une liberté fondamentale appliqué par le Conseil constitutionnel français. Ce dernier a eu l'occasion d'affirmer que l'application uniformisée des droits fondamentaux constituait une limite au principe de libre administration des collectivités territoriales⁷⁵.

Par ailleurs, la réserve constitutionnelle en faveur de la loi a pour objet d'exclure l'encadrement normatif de l'exercice d'un droit par la voie d'un acte réglementaire d'origine gouvernementale, cette matière devant être réservée aux représentants des citoyens titulaires de ces droits. En droit espagnol, l'action exécutive est strictement encadrée par la loi de sorte que c'est cette dernière qui fixe les règles suivant lesquelles le gouvernement agit⁷⁶.

Il est vrai que l'article 82.1 de la *Constitution espagnole* prévoit la possibilité pour les *Cortes generales* de déléguer au gouvernement la compétence d'édicter des normes ayant rang de loi. Toutefois, le constituant exclut expressément cette possibilité s'agissant des matières réservées aux lois organiques⁷⁷. Or, l'article 81 de la *Constitution espagnole* prévoit que seule une loi organique peut organiser l'exercice d'un droit. Le constituant espagnol de 1978 est ainsi allé plus loin que la simple réserve de loi en posant une réserve de loi organique afin de préserver les droits fondamentaux.

⁷⁴ Fransisco J. Bastida Freijedo (dir), *Teoria general de los derechos fundamentales en la Constitucion espanola de 1978*, Tecnos, 2004, à la p. 172.

⁷⁵ Louis Favoreu et Loïc Filip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2003, à la p. 610.

⁷⁶ Juan Jose Solozabal, « Los limites de los derechos y el sistema normativo », op. cit., à la p. 464.

⁷⁷ Voir : STC, 101/1991, 13 mai 1991, FJ2.

Le processus législatif particulièrement renforcé prévu par l'article 81.1 du texte constitutionnel espagnol est une garantie supplémentaire à l'encontre des possibilités d'ingérence du pouvoir exécutif dans l'exercice de la liberté d'expression, d'une part, et au regard de la compétence de limitation d'une liberté du législateur, d'autre part. En effet, la *Constitution espagnole* pose le principe selon lequel un décret-loi ne peut empiéter sur le domaine de la loi organique⁷⁸ (STC 127/1994 FJ 2b) et 3)). Ainsi, lorsque l'article 86 de la *Constitution espagnole* prévoit la possibilité pour le gouvernement de gouverner par décret-loi en cas de nécessité extraordinaire et urgente, ce pouvoir de délégation ne peut concerner les droits et libertés des citoyens. Autrement dit, la *Constitution espagnole* fait strictement obstacle à ce que le développement de la liberté d'expression soit laissé aux mains du gouvernement.

Alors qu'il revient au législateur ordinaire d'« encadrer » l'exercice de la liberté d'expression en vertu de l'article 53 de la *Constitution espagnole*, celle-ci prévoit néanmoins une loi organique pour la « développer ». Ainsi, lorsque l'intervention législative concerne directement l'exercice d'un droit constitutionnellement protégé, la Constitution impose un vote à la majorité du Congrès - quorum requis pour l'adoption d'une loi organique -, excluant ainsi la compétence du législateur ordinaire. Si les lois organiques peuvent renvoyer à des normes législatives, voire infra-législatives (voir STC 137/1986 FJ3), elles ne peuvent cependant le faire de manière illimitée, abstraite et générale. Pareil cas supposerait de renvoyer le développement d'un droit constitutionnellement protégé au pouvoir législatif ordinaire, ce qui irait à l'encontre de l'article 81.1 précité.

En matière de liberté d'expression, les lois organiques se différencient matériellement des lois ordinaires dès lors que ces dernières n'ont qu'une incidence secondaire sur la liberté d'expression. S'il peut parfois être difficile de distinguer une législation au sens de l'article 53 de la *Constitution espagnole* des « lois relatives au développement » d'un droit prévues à l'article 81 de cette dernière (voir par exemple

⁷⁸ STC, 127/1994, 5 mai 1994, FJ 2b) et 3.

STC 53/2002 FJ2), il semble que les incriminations de l'expression d'un message relèvent toujours du « développement » de la liberté d'expression. Dès lors, une telle limitation de la liberté d'expression ne peut se faire qu'à travers une loi organique en vertu de l'article 81.1 de la *Constitution espagnole*.

Dans le texte constitutionnel français, on ne trouve pas pareille réserve de loi organique. En revanche, il est possible de déceler une garantie équivalente dans la jurisprudence relative aux « incompétences négatives » mises en évidence par le Conseil constitutionnel en matière de liberté fondamentale⁷⁹ ; parmi lesquelles figurent la liberté d'expression et de communication des articles 10 et 11 de la *Déclaration*.

Selon le doyen Favoreu, l'incompétence négative désigne « *le cas où le législateur méconnaît sa propre compétence en ne prenant pas toutes les mesures qu'il lui revenait de prendre* »⁸⁰. En outre, aux multiples fondements constitutionnels de la réserve de loi en matière de liberté d'expression⁸¹ s'ajoute l'article 8 de la *Déclaration* imposant que la loi fixe elle-même les peines et les sanctions. Ainsi, il semble que la compétence pleine et entière d'incriminer l'expression de certains contenus revienne au seul législateur.

À l'instar du droit espagnol, l'incrimination d'une expression ne peut donc trouver de fondement normatif que dans la loi. Autrement dit, toute action gouvernementale censurant l'expression d'un contenu qui ne reposerait pas sur une intervention préalable du législateur est exclue.

B. La compétence du pouvoir fédéral en matière d'incrimination d'une expression dans le modèle fédéral canadien

⁷⁹ Louis Favoreu (dir), *Droit constitutionnel*, op. cit., aux p. 944-945.

⁸⁰ Louis Favoreu « Le droit constitutionnel jurisprudentiel » (1986) RDP 419.

⁸¹ Notamment l'article 34 de la *Constitution* et les articles 10 et 11 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*.

1. Une compétence de limitation de la liberté d'expression diluée entre pouvoir fédéral et pouvoir provincial

En droit canadien, l'encadrement des libertés consacré par la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas limité à un organe particulier. Pourtant, en matière de liberté d'expression, dès 1938, les juges de la Cour suprême canadienne ont considéré que l'incrimination de l'expression d'un discours ne pouvait relever que de la compétence fédérale⁸². En effet, selon la Cour suprême, en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui fonde le droit constitutionnel canadien (qui sera renommée plus tard *Loi constitutionnelle de 1867*⁸³), celui-ci repose sur les mêmes principes que le droit constitutionnel britannique⁸⁴. La démocratie parlementaire et la liberté d'expression, notamment celle des parlementaires, figurent parmi ces principes. Dès lors, le domaine de la liberté d'expression est d'une telle importance qu'aucune loi provinciale ne peut en principe restreindre la liberté d'expression des citoyens d'une province canadienne⁸⁵.

⁸² Peter Hogg, *Constitutional Law*, Thomson Carswell, Student edition 2007, à la p. 942 ; Gérald-A. Beaudoin, *Le partage des pouvoirs*, 3^e éd., édition de l'Université d'Ottawa, 1983, à la p. 137 ; *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta (Re Alberta Statute)*, [1938] R.C.S. 100.

⁸³ Nous utiliserons les deux expressions, faisant surtout référence à la première formulation lorsque la loi constitutionnelle est évoquée dans un contexte qui précède son changement de nom.

⁸⁴ Préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord* :

« Considérant que les pouvoirs du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une union fédérale pour une forme qu'une seule et même puissance sur la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur le même principe que celle du Royaume-Uni ».

⁸⁵ *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta (Re Alberta Statute)*, précit., à la p.146, Juge Cannon:

« As stated in the preamble of the *British North America Act*, our constitution is and will remain, unless radically changed, similar in principle to that of the United Kingdom ». At the time of Confederation, the United Kingdom was a democracy. Democracy cannot be maintained without its foundation : free public opinion and free discussion throughout the nation of all matters affecting the State within the limits set by the criminal code and the common law. Every inhabitant in Alberta is also a citizen of the Dominion. The province may deal with his property and civil rights of a local and private nature within the province ; but the province cannot interfere with his status as a Canadian citizen and his fundamental right to express freely his untrammelled opinion about government policies and discuss matters of public concern. The mandatory and prohibitory provisions of the press bill are, in my opinion, ultra vires of the provincial legislatures. They interfere with the free working of the political organization of the Dominion. They have a tendency to nullify the political rights of the inhabitants of Alberta, as citizens of Canada, and cannot be considered as dealing with matters purely private and local in that province. The federal parliament is the sole authority to surtail, if deemed expedient and in the public interest, the freedom of the press in discussing public affairs and the equal rights in the respect of all citizens throughout the Dominion. These subjects were matters of criminal law before Confederation, have been recognized by Parliament as criminal matters and have been expressly dealt with by the criminal code. No province has the power to reduce in that province the political rights of its citizens as compared with those enjoyed by the citizens of other provinces of Canada ».

Cette tentative des juges canadiens de mettre le domaine de la liberté d'expression à l'abri des limitations provinciales n'a cependant pas été suivie par les constituants canadiens de 1982. En effet, la *Loi constitutionnelle de 1982* et la *Charte canadienne* qu'elle contient n'attribuent pas le domaine de la liberté d'expression à la compétence du pouvoir fédéral. Aujourd'hui, en droit canadien, tous les organes du pouvoir étatique canadien peuvent ainsi être amenés à régir, donc éventuellement limiter, l'exercice de la liberté d'expression dans les limites de leurs compétences en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* et des garanties de la *Charte canadienne*.

Or, aux termes de l'article 91.27 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le droit criminel est une matière exclusivement réservée au parlement fédéral. Autrement dit, incriminer pénalement un discours du fait de son contenu relève exclusivement de la compétence de celui-ci. En droit criminel, la compétence du législateur fédéral est *pleine et entière (plenary and exclusive)* dans les matières qui lui sont attribuées. Autrement dit, le parlement fédéral étant le seul habilité à régir la substance du droit criminel⁸⁶, il est aussi le seul à pouvoir déterminer que l'expression d'un certain discours constitue un crime. Un législateur provincial qui incriminerait l'expression d'un discours dans sa province empièterait ainsi sur un domaine exclusivement réservé au pouvoir législatif fédéral et serait *ultra vires*.

Toutefois, si des lois provinciales ne peuvent incriminer l'expression d'un certain discours, elles peuvent néanmoins poser d'autres limitations substantielles au niveau de la province. En effet, en vertu de l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁷, la province détient la compétence de réglementer le droit de propriété. D'autre part, l'article 92 (15) du même texte accorde aux législateurs provinciaux une compétence exclusive pour « *infliger des punitions par voie d'amendes, de peines ou d'emprisonnement en vue de faire respecter une loi provinciale* » valide. À ceci s'ajoute son article 92 (16) qui donne compétence aux législateurs provinciaux pour

⁸⁶ Gérard-A. Beaudoin, *La constitution du Canada*, 3^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, la collection bleue, 2004, aux p. 713-716.

⁸⁷ *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44, au para. 92 (13).

légiférer « généralement [dans] toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province ». La province conserve donc un large pouvoir de limitation substantielle de la liberté d'expression mais dans les limites de ses domaines de compétences.

Ainsi, alors qu'en Espagne, une limitation de la liberté d'expression par le législateur d'une Communauté autonome est constitutionnellement exclue en ce qu'elle se heurterait au principe d'égalité de tous les Espagnols dans l'exercice de leurs droits constitutionnels consacré à l'article 149.1 de la *Constitution espagnole*⁸⁸, au Canada une législation relative à ce qui est ou non présentable au public au regard de considérations morales relève à la fois de la liberté d'expression et d'une matière de « nature purement locale ou privée dans la province » au sens de l'article 92 (16) de la *Loi constitutionnelle* de 1867⁸⁹. Par exemple, lorsque la législation provinciale vise la surveillance et le contrôle de l'industrie du cinéma dans la province, comme des lois provinciales relative à la censure des films⁹⁰, elle n'est pas *ultra vires* dès lors qu'elle ne se rapporte pas à un domaine de compétence exclusivement fédéral⁹¹. D'autre part, si le régime de la responsabilité pénale en cas d'abus de la liberté d'expression est exclusivement réservé à la compétence du pouvoir fédéral, celui de la responsabilité civile relève quant à lui exclusivement de la compétence provinciale en vertu de l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle* de 1867. Ainsi, les règles régissant la responsabilité civile en présence d'un abus dommageable de la liberté d'expression, par exemple dans le cas d'une diffamation, relève au Québec du *Code civil* hérité du Code civil français institué lors de la colonisation française alors que les autres provinces sont régies par les règles de la *common law*.

En droit canadien, une loi provinciale qui prohibe la diffusion publique d'un certain message n'est donc pas automatiquement *ultra vires*. Une telle interdiction est

⁸⁸ Francisco J. Bastida Freijedo (dir), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, op. cit., à la p. 172.

⁸⁹ *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil* [1978] 2 SCR 622, à la p. 699.

⁹⁰ Ibid., aux p. 675 et s.

⁹¹ Ibid. ; Gérald-A. Beaudoin, *La constitution du Canada*, op. cit., à la p. 735.

susceptible d'être invalidée seulement si elle ne relève pas du domaine de compétences de la province prévu par la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est le cas, notamment, de l'incrimination (même indirecte) de l'expression d'un discours alors que la compétence de déterminer la nature des actes punis est exclusivement réservée au pouvoir fédéral⁹².

Par exemple, dans l'arrêt *Switzman c. Elbing*⁹³, la loi québécoise « *protégeant la province contre la propagande communiste* » a été invalidée par la Cour suprême. En l'espèce, cette loi interdisait au propriétaire ou à l'occupant d'une maison de permettre qu'on utilise celle-ci pour promouvoir le communisme ou le bolchevisme. Bien qu'en vertu de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* la province ait compétence pour encadrer le droit de propriété⁹⁴ et « *infliger des punitions par voie d'amendes, de peines ou d'emprisonnement en vue de faire respecter une loi provinciale* » valide⁹⁵, la Cour suprême a estimé que l'objet de la loi en question était de faire de la propagande communiste un acte criminel. Autrement dit, à travers cette « loi du cadenas »⁹⁶, la province de Québec a en réalité tenté de réprimer l'expression de propos séditieux⁹⁷. Or, pour reprendre les mots du juge Fauteux :

« Seul le Parlement, légiférant en matière criminelle, a compétence pour décréter, définir, défendre et punir ces matières d'un écrit ou d'un discours qui, en raison de leur nature, lèsent l'ordre social ou la sécurité de l'État. Tels sont, par exemple, les libelles diffamatoires, obscènes, blasphématoires ou séditieux. Dans ces cas, il ne s'agit plus de lésion de droits individuels donnant droit à compensation monétaire. Il s'agit de lésion des droits de la société, emportant punition ».⁹⁸

Dès lors, pour écarter l'invalidité d'une loi provinciale qui incrimine l'expression d'un discours, il ne suffit pas qu'elle se rattache à un aspect de sa

⁹² Ibid., aux p.713-716.

⁹³ *Switzman c. Elbing*, [1957] R.C.S. 285.

⁹⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, précit., au para. 92 (13), « la propriété et les droits civils dans la province »

⁹⁵ Ibid., au para. 92 (15).

⁹⁶ *Loi concernant la propagande communiste*, S.R.Q.,1941, c. 52.

⁹⁷ Voir Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris, PUF, collection « Quadrige », 2016, à la p. 953 qui définit l'expression de propos séditieux comme l'expression de propos qui tendent à « la révolte concertée contre l'autorité publique ».

⁹⁸ *Switzman c. Elbing*, précit., à la p. 320.

compétence dès lors qu'une loi peut avoir de multiples aspects⁹⁹. En ce sens, lorsque le législateur provincial n'incrimine pas directement l'expression d'un discours mais le fait par l'intermédiaire de son pouvoir de statuer dans ses domaines de compétences, par exemple en matière de possession et d'usage d'un immeuble, sa loi est *ultra vires* dans la mesure où l'objet principal de celle-ci est une incrimination qui relève en principe exclusivement du parlement fédéral¹⁰⁰.

Par conséquent, si en vertu du principe du partage des compétences législatives, la compétence de limitation de la liberté d'expression est partagée entre les deux ordres de gouvernement, fédéral et provincial, il est parfois possible qu'une limitation de l'exercice de la liberté d'expression d'origine provinciale entrent en conflit avec une législation d'origine fédérale.

2. Le principe de prépondérance fédérale en cas de conflit

Les paragraphes introductifs des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* se réfèrent à des « compétences législatives exclusives », tantôt attribuées au parlement fédéral, tantôt aux législateurs provinciaux. Le principe d'exclusivité consacre l'autonomie de chaque ordre de gouvernement dans l'exercice de ses compétences législatives respectives. En vertu de ce principe, les champs de compétences attribués à chaque niveau de gouvernement par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* seraient « étanches ». Autrement dit, les compétences exclusives d'un ordre de gouvernement ne peuvent, en principe, être envahies par les compétences d'un autre. En outre, ces compétences ne peuvent généralement se chevaucher sur un même aspect¹⁰¹.

⁹⁹ Gérard-A. Beaudoin, *Le partage des pouvoirs*, op. cit., à la p. 134.

¹⁰⁰ Peter Hogg, *Constitutional Law*, op. cit., à la p. 942 ; Gérard-A. Beaudoin, *ibid.*, à la p. 137 ; *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta (Re Alberta Statute)*, précit.

¹⁰¹ Eugénie Brouillet, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs » (2010) 3 *Revue Québécoise de droit constitutionnel* p.1-22.

En droit canadien, le parlement fédéral détient une compétence exclusive en matière de droit criminel¹⁰². Incriminer l'expression d'un certain discours du seul fait de son contenu relèverait donc de la compétence exclusive de ce dernier au nom de son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel. Cependant, en dépit du principe d'exclusivité qui suppose qu'un seul ordre de gouvernement est compétent pour légiférer dans une matière donnée, il est parfois difficile d'éviter les « zones de contact »¹⁰³, notamment en matière de moralité.

Jusque dans les années 1980, en cas de chevauchement de compétences pour légiférer dans un même domaine, l'avantage allait souvent à la loi fédérale ; la loi provinciale devenait inopérante. Certains favorisaient alors une théorie des « champ occupés ». Le seul fait que le parlement fédéral légiférait dans une matière privait la province de légiférer sur la même matière. En ce sens, dans l'arrêt *McNeil*¹⁰⁴, un règlement municipal qui interdisait à tout propriétaire de salle de spectacle d'autoriser qu'y soit donnée une « représentation indécente ou inconvenante » a été invalidé au motif qu'il était identique aux dispositions du *Code criminel* sanctionnant quiconque qui « *publiquement expose un objet révoltant ou montre un spectacle indécent* »¹⁰⁵. Bien que les juges canadiens considéraient que « *la définition de ce qui est décent ou indécent ou obscène, ce qui peut moralement être montrer au public relève de la compétence exclusive du parlement du Canada au terme de son pouvoir énuméré de légiférer relativement au droit criminel* »¹⁰⁶, le pouvoir législatif provincial pouvait intervenir sur des questions impliquant des considérations morales en tant que matière

¹⁰² *Loi constitutionnelle de 1867*, précit., au para 91 (27) ; Gérald-A. Beaudoin, *Le partage des pouvoirs*, op. cit., à la p. 140.

¹⁰³ Eugénie Brouillet, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », op. cit.

¹⁰⁴ *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil* [1978] 2 SCR 622.

¹⁰⁵ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Art 163 (2).

¹⁰⁶ *Switzman v. Elbing*, précit., à la p. 320 :

« En l'espèce, la matière de la disposition principale—prohibition de la propagande communiste—n'en est certes pas une qui en soi tombe dans la catégorie des sujets énumérés en l'art. 92 comme étant de la compétence de la Législature. Seul le Parlement, légiférant en matière criminelle, a compétence pour décréter, définir, défendre et punir ces matières d'un écrit ou d'un discours qui, en raison de leur nature, lèsent l'ordre social ou la sécurité de l'État. Tels sont, par exemple, les libelles diffamatoires, obscènes, blasphématoires ou séditeux. Dans ces cas, il ne s'agit plus de lésion de droits individuels donnant droit à compensation monétaire. Il s'agit de lésion des droits de la société, emportant punition. »

d'une « nature purement locale ou privée dans la province » au sens de l'article 92 (16) de la *Loi constitutionnelle* de 1867¹⁰⁷. Dans l'arrêt *McNeil*¹⁰⁸, malgré la validité de la loi provinciale portant sur la censure de films, une telle législation a été condamnée à l'inopérabilité en vertu de la doctrine dite du « champ occupé ». Le simple fait que l'article 163(2) du *Code criminel* incriminait déjà un comportement indécent privait ainsi le pouvoir provincial d'établir ses propres règles en matière de moralité et, en l'occurrence, décider si un film devait ou non être présenté à un public local.

Dans l'arrêt *Multiple Access*¹⁰⁹, la Cour suprême a toutefois procédé à un revirement de jurisprudence en la matière. En effet, les juges ont alors affirmé qu'il n'y avait pas vraiment d'incompatibilité dans le cas de dispositions qui se répètent : « *L'application de la loi provinciale, n'a pas effet d'écartier l'intention du Parlement* »¹¹⁰. Ainsi la similarité des textes ne suffit plus à rendre *ultra vires* une disposition provinciale valide.

D'autre part, ce n'est pas parce qu'un acte est déjà prohibé par le *Code criminel* qu'une province ne peut pas l'encadrer (voire aussi l'interdire) dans un autre but ou à des fins différentes¹¹¹. En effet, certaines matières peuvent comporter à la fois un *aspect* provincial et un *aspect* fédéral. Selon cette théorie du *double aspect*, il peut arriver que certains actes soient punissables en vertu d'une loi fédérale mais aussi d'une loi provinciale qui se chevauchent. La prépondérance fédérale ne s'applique seulement qu'en cas de conflit. Or le fait qu'une disposition provinciale interdise certains actes et

¹⁰⁷ *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, précit., à la p. 699.

¹⁰⁸ Dans l'arrêt *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, *ibid.*, il était question de savoir si l'interdiction de la diffusion du film *Un dernier tango à Paris* relevait de la compétence exclusivement fédérale, ce qui excluait la possibilité pour la province de la Nouvelle-Ecosse d'interdire la diffusion du film, ou cette réglementation relevait-elle d'une « nature purement locale ou privée dans la province » au sens du paragraphe 92 (16) de l'AANB. Les juges avaient écarté la possibilité de maintenir les deux dispositions.

¹⁰⁹ *Multiple Access Ltd. C. McCutcheon* [1982] 2 R.C.S 161.

¹¹⁰ *Ibid.*, aux pp. 190-191.

¹¹¹ Voir, par exemple, *Rio Hotel Ltd. c. N.-B. (Licences et permis d'alcool)* [1987] 2 R.C.S 59. Dans cette affaire, la Cour suprême a appliqué la théorie dite du « double aspect ». D'un côté, le parlement fédéral peut légiférer sur la nudité en vertu du paragraphe 91 (27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, d'un autre côté, le législateur provincial peut encadrer, au nom de l'ordre public local et en vertu du paragraphe 92(16), les spectacles de nudité en imposant l'obligation d'un permis.

emporte ainsi des conséquences pénales ne constitue pas en soi un conflit de compétences. Par exemple, une manifestation durant laquelle sont émis des propos diffamatoires est susceptible d'être visée à la fois par l'article 298 (2) du *Code criminel* mais aussi par l'article 3 du *Code civil du Québec*¹¹². S'il s'agit de sanctionner la même action, la disposition criminelle définit le crime et le sanctionne en vertu de l'article 91 (27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Code civil provincial, quant à lui, à travers la consécration d'un droit à la réputation, assure une obligation de réparation des dommages et intérêts en cas de diffamation qui relève du champ de compétences du pouvoir de la province en vertu de l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Tant le pouvoir fédéral que le pouvoir provincial peuvent donc valablement légiférer en matière de limitation substantielle de la liberté d'expression. Si les deux ordres de gouvernement peuvent limiter l'expression de discours émis lors d'une manifestation, ces limitations doivent toutefois relever de leur champ de compétences respectif et ne pas présenter de contradictions entre elles. Dans le cas contraire, la loi provinciale devra toujours s'incliner devant la loi fédérale, cette dernière primant.

Section 2. La suprématie constitutionnelle en matière d'incrimination d'une expression

La *Constitution espagnole* restreint de manière stricte la compétence législative de limitation de la liberté d'expression en consacrant un contenu dit « essentiel » hors de portée non seulement du législateur mais également du pouvoir constituant dérivé. Précisément, l'article 20 de la *Constitution espagnole* protège *a priori* tous les contenus expressifs exprimés sans faire de distinction, de sorte que le législateur espagnol semble ne pouvoir incriminer aucune expression quand bien même elle aurait un caractère antidémocratique.

¹¹² Article 3 du *Code civil du Québec* :

« Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. Ces droits sont incessibles ».

Cette situation contraste avec le modèle constitutionnel français. En effet, la *Constitution française* est dépourvue de disposition prévoyant une « limite à la limite » comme on peut en trouver dans la *Constitution espagnole*. Le cadre constitutionnel dans lequel s'insère la compétence du législateur pour limiter la liberté d'expression est très large. Bien que l'on observe des tentatives de garantie d'un contenu essentiel de la part du Conseil constitutionnel français, celles-ci ont toutefois avorté. Il a été préféré laisser une large marge de manœuvre au législateur en matière de liberté d'expression qui peut ainsi incriminer des expressions du fait de leur contenu (A).

À cet égard, il est possible de faire un rapprochement avec le système constitutionnel canadien qui garantit non pas une suprématie constitutionnelle à l'endroit de la compétence législative mais une suprématie législative en la matière. Celle-ci est confirmée, d'une part, par la reconnaissance d'une possibilité étendue de limiter la liberté d'expression consacrée à l'article premier de la *Charte canadienne* et, d'autre part, par la présence d'une clause dérogatoire qui permet de suspendre la liberté d'expression selon la volonté législative. Ainsi, même si *a priori* aucun contenu expressif ne peut être exclu des garanties de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*, cette protection est à nuancer dès lors que le pouvoir législatif, tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial, demeure compétent pour vider la liberté d'expression de son contenu (B).

A. La consécration d'un contenu essentiel de la liberté d'expression

1. Un contenu essentiel de la liberté d'expression constitutionnalisé dans le modèle espagnol

Si la *Constitution espagnole* prévoit la possibilité de borner la liberté d'expression, cette compétence de limitation est loin d'être illimitée. La *Constitution espagnole* restreint de manière stricte la compétence législative de limitation de la liberté d'expression en posant une limite infranchissable à cette dernière. En effet, son article 53, qui est ni plus ni moins une transposition de l'article 19.2 de la *Loi*

fundamentale allemande¹¹³, prévoit qu'en aucun cas le contenu essentiel d'un droit fondamental ne pourra être affecté. Si cette disposition met à l'abri contre toute restriction du contenu essentiel de la liberté d'expression, il reste néanmoins silencieux quant à l'identification de celui-ci.

Dans sa décision 11/1981¹¹⁴, le Tribunal constitutionnel espagnol a proposé deux manières, qui se complètent, d'identifier le contenu essentiel d'un droit. En premier lieu, le contenu essentiel d'un droit résiderait dans les éléments en l'absence desquels le droit consacré serait dénaturé ou vidé de son sens. D'autre part, le contenu essentiel peut être identifié à l'aune des biens ou intérêts juridiquement protégés par le droit consacré. Le contenu essentiel d'un droit serait la partie de ce droit absolument nécessaire pour que les biens ou les intérêts visés par la reconnaissance de celui-ci soient véritablement garantis¹¹⁵.

Parmi les éléments qui dénatureraient le droit constitutionnellement protégé à l'article 20 de la *Constitution espagnole*, figure la mise en place d'un système de censure préalable à la liberté d'expression. L'interdiction d'un tel système de censure est d'ailleurs explicitement consacrée au à l'article 20.2¹¹⁶. Autrement dit, la possibilité d'organiser un système de censure préalable bornant l'exercice de la liberté d'expression est hors de portée de la compétence de limitation de la liberté d'expression du législateur espagnol.

Par ailleurs, l'article 10.2 de la *Constitution espagnole* constitue un précieux outil pour interpréter les droits et libertés constitutionnellement consacrés étant donné qu'il établit que les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution doivent être interprétées conformément aux traités et accords internationaux ratifiés par l'Espagne. La *Constitution espagnole* prévoit ainsi

¹¹³ Luis Maria Diez Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^e éd., édition Cizur Menor Civitas, coll. « Derechos fundamentales y libertades publicas », 2008, à la p. 119.

¹¹⁴ STC, 11/1981, 8 avril 1981.

¹¹⁵ *Ibid.*, FJ10.

¹¹⁶ Article 20.2 de la *Constitution espagnole* de la version française [en ligne] <http://www.tribunalconstitucional.es/en/constitucion/Pages/ConstitucionFrances.aspx>:

L'exercice de ces droits ne peut être restreint par aucune forme de censure préalable.

notamment que son article 20 peut être interprété à la lumière de la *Convention européenne*.

Or, la liberté d'expression et d'information consacrée à l'article 10 de la *Convention* apparaît être l'« un des fondements essentiels de la société démocratique »¹¹⁷. La notion de « société démocratique » se retrouve comme un *leitmotiv* dans plusieurs articles de la *Convention européenne*¹¹⁸. Cette présence récurrente s'explique par l'idéal libéral et démocratique que ce texte tend à défendre¹¹⁹. Dès 1976, dans l'affaire *Handyside*, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a vu dans la notion de « société démocratique » de la *Convention européenne* la consécration du « pluralisme, de la tolérance et de l'esprit d'ouverture »¹²⁰. Pour qu'une société puisse effectivement se fonder sur ce « triptyque », il paraît indispensable de « recevoir et communiquer des informations et des idées permettant notamment de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales »¹²¹. En bref, la liberté d'expression, en permettant une libre circulation des idées, apparaît être une condition *sine qua non* de l'établissement d'une société démocratique¹²².

Ainsi, à la lumière de la *Convention européenne*, on comprend que l'intérêt protégé par l'article 20 de la *Constitution espagnole* réside dans la garantie d'une

¹¹⁷ *Handyside c. Royaume Uni*, 7 décembre 1976, CEDH, 5493/72, Série A n° 24, à la p. 23, au para 49. Cette phrase a été reprise dans de nombreuses affaires ; Dirk Voorhoof, *Analyse critique de la portée et de l'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Strasbourg, éd. Conseil de l'Europe, collection « dossiers sur les mass média », 1995, à la p. 9.

¹¹⁸ Véronique Fabre-Alibert, « La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la cour européenne » (1998) RTDH 465-496 ; Marie Joëlle Redor, « La société démocratique européenne » dans Constance Grewe (dir) , *Questions sur le droit européen*, actes du colloque de Caen (23 février 1996), PUC, aux p. 69-98 ; Phédon Vegleris, « Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la convention européenne des droits de l'homme » (1968) 1 RDH 239.

¹¹⁹ Mario Oetheimer, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe*, Paris, Pedone, collection « Publication de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'Homme », 2001, à la p. 81.

¹²⁰ *Handyside c. Royaume Uni*, précit., à la p. 23, au para 49.

¹²¹ *Muller et al. c. Suisse*, 24 mai 1988, au para 27.

¹²² Gérard Cohen Jonathan, « Article 10 » dans Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre Henri Imbert, *La convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, à la p. 366.

opinion libre et le maintien du pluralisme politique essentiel au caractère démocratique de la société espagnole¹²³.

Toutefois, selon la *Convention*, toutes les opinions ne bénéficient pas de la protection de la liberté d'expression dans une société démocratique. Ce texte prévoit une limite substantielle à cette dernière à l'égard des discours antidémocratiques¹²⁴. En effet, l'article 17 de la *Convention européenne* dispose que

Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention [...]

En effet, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la nécessité pour les démocraties de se préserver de ceux qui utiliseraient les droits et libertés garanties par la société démocratique est apparue comme une évidence¹²⁵. L'article 17 a pour effet d'écarter les garanties de la *Convention*¹²⁶ lorsqu'il s'agit de propos visant la destruction des droits et libertés reconnus par cette même *Convention*¹²⁷.

Cependant, malgré plus de trente ans de régime totalitaire sous le général Franco, de graves divisions internes héritées de la guerre civile et des tensions liées aux indépendantistes basques hier et aux séparatistes catalans aujourd'hui, le constituant

¹²³ Voir dans ce sens : STC 127/1994 du 5 mai FJ5 ; STC 6/1981 de 16 mars FJ3 ; STC 159/1986 FJ 6. L'article 20 de la norme fondamentale espagnole, en plus de consacrer le droit à la liberté d'expression et de communication ou de recevoir librement l'information, garantit un intérêt constitutionnel ; celui de la formation et de l'existence d'une opinion publique libre, condition *sine qua non* de l'exercice d'autres droits inhérents au fonctionnement d'un système démocratique. Ainsi, la liberté d'expression est un pilier de la société libre et démocratique pour que le citoyen puisse former librement son opinion et puisse participer au débat public et être amplement informé de manière à ce qu'il puisse pondérer les diverses opinions exposées. Voir également : Luis Maria Diez Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., à la p. 330.

¹²⁴ Thomas Hochmann, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression : étude de droit comparé*, Paris, Pedone, collection « Publications Institut international des droits de l'Homme », 2013, à la p. 276.

¹²⁵ À ce titre, rappelons que c'est au moyen des institutions démocratique que les nazis ont pris le pouvoir.

¹²⁶ Jean François Flauss, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme » (1992) RUDH 464.

¹²⁷ Par exemple, la Commission européenne des droits de l'Homme a rejeté la requête n° 31159/96 de Pierre Marais condamné pour un article intitulé « La chambre à gaz homicide de Struthof Natzweiler, un cas particulier ». L'expression négationniste excluait en effet l'application des garanties de l'article 10 par application de l'article 17.

espagnol n'a pas opté pour un modèle de « démocratie militante »¹²⁸. Le système démocratique espagnol s'inscrit plutôt dans un modèle de démocratie ouverte dans lequel la liberté d'expression ne peut exclure un message en raison de son caractère anticonstitutionnel¹²⁹. Conformément à la jurisprudence européenne *Handyside*, la liberté d'expression espagnole « vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population »¹³⁰. L'article 20 de la *Constitution espagnole* protège *a priori* tous les contenus expressifs sans distinction. Ainsi, en droit espagnol, les manifestations organisées en soutien aux prisonniers membres de l'organisation terroriste ETA ou encore celles commémorant Franco bénéficient, en principe, de la protection constitutionnelle de l'article 20¹³¹.

Il en va de même pour les nombreuses manifestations en faveur de l'indépendance de la Catalogne alors même qu'une telle revendication va à l'encontre du principe constitutionnel d'indivisibilité de la nation consacré à l'article 2 de la *Constitution espagnole*¹³². En droit espagnol, toutes les convictions politiques, même les plus dérangeantes, peuvent donc *a priori* être exprimées. L'article 20 de la *Constitution espagnole* protège tous les contenus, même ceux qui remettraient en cause le modèle démocratique du pays, dans la mesure où toutes les expressions se trouvent protégées par la liberté d'opinion consacrée dans son article 16. Ainsi, comme dans le

¹²⁸ STC 48/2003, 12 mars 2003, FJ7. À la différence de l'Allemagne, l'Espagne n'est pas une démocratie militante. Sur la notion de démocratie militante, voir : Otto Pfersmann « Shaping militant democracy: Legal limits to democratic stability » dans Andras Sajo (dir), *Militant democracy*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2004, à la p. 47.

¹²⁹ STC, 48/2003, *ibid.*

¹³⁰ *Handyside c. Royaume Uni*, précit., à la p. 23, au para 49.

¹³¹ Les manifestations contre l'exhumation du corps de Franco du mausolée de *el Valle de los caídos* en constituent une parfaite illustration.

Voir : https://elpais.com/politica/2018/07/15/actualidad/1531654342_126603.html [en ligne le 15/04/2019]

¹³² Sur le problème de l'indépendance de la Catalogne voir, par exemple, Jorge Cagiao « Un référendum sur l'indépendance est-il possible dans l'ordre juridique espagnol ? Le droit expliqué dans la presse » (2016) 17 Cahiers de civilisation espagnole contemporaine ; disponible en ligne : <https://journals.openedition.org/cccec/6256#bodyftn20>

modèle de protection déterminé par la *Convention européenne* qui envisage la liberté d'expression comme comprenant « *la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées* », la liberté d'expression de l'article 20 de la *Constitution espagnole* semble indissociable de la liberté d'opinion de son article 16 qui en constitue le fondement. À l'instar de la liberté d'expression, la liberté d'opinion s'étend à toutes les opinions même lorsqu'elles sont erronées, dangereuses ou qu'elles s'opposent aux valeurs de la démocratie et au système démocratique¹³³. La *Constitution espagnole* offre donc une large reconnaissance à la liberté d'expression de sorte qu'une expression favorable à une idéologie antidémocratique ne peut faire l'objet d'une sanction sans la présence concrète d'un danger ou d'une atteinte à un intérêt juridique protégé.

En ce sens, à l'occasion d'une décision de 2007 qui a partiellement invalidé le délit de négationnisme, le Tribunal constitutionnel espagnol a rappelé que le système constitutionnel espagnol ne permettait pas d'incriminer la simple transmission d'idées. Autrement dit, l'interdiction de « *communication d'idées en tant que telle sans exiger en outre l'atteinte à d'autres droits protégés constitutionnellement* » n'est en principe pas possible¹³⁴. Ainsi, la réforme du Code pénal de 2015 a dû apporter les modifications nécessaires afin que l'interdiction de négation de génocide soit constitutionnellement admise. Le nouvel article 510 du Code pénal espagnol a introduit le délit de négationnisme dans la liste des délits pour motifs discriminatoires pouvant être rattachés à l'intérêt constitutionnel protégé du droit à l'égalité sans aucune discrimination, reconnu à l'article 14 de la *Constitution espagnole*.

Ainsi, si le législateur espagnol conserve une compétence de limitation de la liberté d'expression, celle-ci doit être motivée par un intérêt ou un autre droit constitutionnel en conflit avec la liberté d'expression mais aussi, dans tous les cas, se borner au contenu essentiel de la liberté d'expression.

¹³³ STC, 176/1995, 11 décembre 1995, FJ2.

¹³⁴ STC pleno, 235/2007, 7 novembre 2007, FJ6.

2. À la recherche du contenu essentiel de la liberté d'expression en droit français

En droit espagnol, la *fundamentalité* d'un droit se rapporte directement à la partie intouchable de celui-ci. Autrement dit, un droit est fondamental lorsqu'il possède un contenu qui est hors de portée non seulement du législateur mais aussi du pouvoir constituant dérivé. Si la liberté d'expression de l'article 20 de la *Constitution espagnole* garantit un contenu « intouchable », il semble difficile de faire une semblable constatation en droit français.

Tout d'abord, il convient de noter une absence de garantie d'un contenu essentiel de la liberté d'expression dans la *Convention européenne*. Au-delà de la large compétence de limitations à la liberté d'expression prévue dans son article 10-2, son article 15 autorise, « *en cas de guerre ou en cas d'autres dangers publics menaçant la vie de la nation [...]* », à déroger à tous les droits garantis par la *Convention européenne*, à l'exception des droits intangibles¹³⁵, « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* ». Or, la liberté d'expression ne figure pas parmi ces droits intangibles¹³⁶. Son article 17, quant à lui, comme on l'a vu, prévoit qu'

« aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés [...] ».

¹³⁵ Article 15 de la *Convention européenne* :

« En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente convention que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3,4 (paragraphe1) et 7.

3. Toute haute partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le secrétaire général du conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau plein application ».

¹³⁶ L'article 15 dispose qu'il ne peut y avoir de dérogation à l'article 2 (droit à la vie), à l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants), à l'article 4-1 (interdiction de l'esclavage) et à l'article 7 (pas de peine sans loi).

Le caractère éminemment subsidiaire du droit de la *Convention européenne* donne l'avantage aux autorités étatiques en matière de limitation de la liberté d'expression. Si aucun contenu essentiel de la liberté d'expression ne s'impose aux États, il existe en revanche une marge nationale d'appréciation qui s'impose au juge de la *Convention*.

Aucun contenu essentiel de la liberté d'expression ne s'imposant aux ordonnancements juridiques des États parties, il revient donc aux Constitutions nationales de préciser la compétence pour la limiter en prévoyant ou non un contenu essentiel à l'abri de l'intervention du législateur. Comme on a pu le noter, la *Constitution française* est dépourvue de disposition posant une « limite à la limite » comme le fait l'article 53 de la *Constitution espagnole*.

De plus, les articles 10 et 11 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* n'encadrent que très faiblement la liberté du législateur français. Le cadre constitutionnel dans lequel s'inscrit la compétence du législateur en matière de limitation de la liberté d'expression est donc très large.

L'importance de la liberté d'expression en droit français se manifeste davantage dans le régime spécifique¹³⁷ que lui a attribué le Conseil constitutionnel que dans une consécration de garanties constitutionnelles particulières. Le juge constitutionnel, à l'origine de l'entrée des libertés fondamentales au sein du système constitutionnel français de la V^e République, a parfois donné l'illusion que la Constitution limitait substantiellement la compétence du législateur en matière de réglementation de la liberté d'expression.

Ainsi, dans sa décision du 20 janvier 1984 concernant la liberté d'expression des enseignants-chercheurs, le Conseil constitutionnel a pu préciser que « *l'abrogation totale de [...] certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles qui n'ont pas été remplacée dans la*

¹³⁷ Pierre de Montalivet, « Les objectifs de valeur constitutionnelle » dans Michel Verpeaux (dir.), *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 2^e éd., Paris, PUF, collection « Thémis Droit », 2011, à la p.457.

présente loi par des garanties équivalentes n'est pas conforme à Constitution »¹³⁸. La même année, dans sa décision des 10-11 octobre 1984, il est allé plus loin en affirmant que « *s'agissant d'une liberté fondamentale [...], la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes à valeur constitutionnelle* »¹³⁹.

Il n'en a pas fallu davantage pour que la doctrine française voit dans cette décision la consécration d'un « effet cliquet » limitant la compétence du législateur en matière de libertés que dans un seul sens ; celui de leur meilleure protection¹⁴⁰.

Une telle garantie constitutionnelle de la liberté d'expression restreint substantiellement le champ d'intervention du législateur français. En vertu de ce principe, ce dernier ne peut abroger un régime de garantie de la liberté d'expression que pour le remplacer par un autre plus protecteur¹⁴¹. Le système constitutionnel français irait alors plus loin que la garantie d'un contenu essentiel en interdisant au législateur de revenir sur les acquis consacrés dans une législation antérieure¹⁴².

Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas suivi l'engouement de la doctrine suscitée par sa décision des 10-11 octobre 1984 et la théorie de « l'effet cliquet » qui en a découlé. En effet, deux ans plus tard, dans sa décision 86-210 DC du 29 juillet 1986 portant sur le régime juridique de la presse, il n'a formulé aucune obligation « cliquet » à l'endroit du législateur¹⁴³. Finalement, à la suite de sa décision du 27 juillet

¹³⁸ Cons. const., 20 janvier 1984, n° 83-165 DC, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, au cons. 42.

¹³⁹ Cons. const., 10-11 octobre 1981, n° 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, au cons. 37, confirmée par Cons. const., 18 janvier 1985, n° 85/185 DC, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, au cons 9.

¹⁴⁰ Carole Boyer-Capelle, « L'"effet cliquet" à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité » (2011) AJDA 1718 ; Ariane Vidal-Naquet, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2007, à la p. 222. Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, aux p. 497-498.

¹⁴¹ Louis Favoreu, Loïc Filip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., à la p. 610.

¹⁴² Carole Boyer-Capelle, « L'"effet cliquet" à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », op. cit., à la p. 1718.

¹⁴³ Cons. const., 29 juillet 1986, n° 86-210 DC, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, au cons. 2 :

2000¹⁴⁴ portant sur la réforme législative relative à l'audiovisuel, la doctrine a été contrainte d'abandonner l'idée qu'il existait en droit constitutionnel français un principe d'« effet cliquet » limitant la compétence législative d'encadrement de la liberté d'expression¹⁴⁵. Elle n'a cependant pas abandonné l'idée qu'au sein du système constitutionnel français, il existait plus généralement une obligation constitutionnelle s'imposant au législateur en matière d'encadrement des droits fondamentaux.

S'agissant de la liberté d'expression, le Conseil constitutionnel a posé l'impératif de respect des garanties légales comme une « exigence constitutionnelle » qui s'imposerait substantiellement à la compétence législative. Précisément, selon le juge constitutionnel, les compétences du législateur se trouvent limitées en ce qu'il ne doit pas « priver le droit (protégé) de garanties légales »¹⁴⁶. Cette exigence constitutionnelle ne précise cependant ni de contenu particulier ni de seuil infranchissable par le législateur au moment d'encadrer la liberté d'expression. Dès lors, celle-ci semble davantage être une formule de justification des décisions du Conseil constitutionnel en matière d'encadrement de la liberté d'expression qu'une véritable preuve de l'existence d'une limite à la compétence du législateur français en la matière.

Ainsi, en France, le législateur est très peu limité quant à sa compétence de restreindre la liberté d'expression. De cette façon, il peut notamment incriminer les expressions contestant l'existence du génocide juif¹⁴⁷ ou encore l'outrage à l'hymne

« Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle ».

¹⁴⁴ Cons. const., 27 juillet 2000, n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, au cons. 10 ; Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., à la p. 498.

¹⁴⁵ Ariane Vidal-Naquet, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., à la p. 231.

¹⁴⁶ Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel* ; LPA, 11 août 2004 p. 8-19, note Scoetti. Voir également sur la consécration constitutionnelle des garanties légales : Grégory Mollion, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles » (2005) 62.2 *Revue française de droit constitutionnel*, 257. (ref française : RFDC 2005/2 n 62)

¹⁴⁷ Article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse* :

national ou au drapeau tricolore¹⁴⁸ en ce qu'il lui est « *loisible d'instituer des incriminations réprimant des abus de l'exercice de la liberté d'expression* »¹⁴⁹ mais aussi « *prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables* »¹⁵⁰. Ces décisions de conformité à la Constitution de lois prévoyant des délits d'expression d'opinion s'accordent avec le large cadre constitutionnel dans lequel s'inscrit la compétence de limitation de la liberté d'expression du législateur français.

En droit français, comme le rappelle très justement Michel Troper à propos du délit de négationnisme¹⁵¹, contrairement aux décisions juridictionnelles, les lois ne doivent pas être motivées. Ainsi, si le rôle des tribunaux est de contrôler l'application de la loi, le contrôle des raisons pour lesquels le législateur a pris telle ou telle disposition ne relève en principe pas de leur office.

L'absence de garantie d'un contenu essentiel de la liberté d'expression dans le cas français s'explique par le fait que la Constitution de 1958 n'a pas consacré un régime de protection de droits fondamentaux. Dès lors, les tentatives de garantie d'un contenu essentiel ne peuvent venir que du Conseil constitutionnel mais celles-ci n'aboutissent généralement pas étant donné qu'est privilégiée la large marge de manœuvre dont dispose le législateur français en matière de liberté d'expression. Ainsi, ce dernier peut valablement décider d'incriminer des discours négationnistes.

À l'inverse de l'article 53 de la *Constitution espagnole*, l'article 34 de la *Constitution française* ne contraint pas le législateur dans l'exercice de sa compétence de limitation

« Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ».

¹⁴⁸ Article 433-5-1 *Code pénal* français :

« Le fait au cours d'une manifestation organiser réglementée par les autorités publiques du trajet publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7500 euros d'amende. Lorsqu'il est commis en réunion cet outrage et puis de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende ».

¹⁴⁹ Cons. const., 28 février 2012, n° 2012-647 DC, *Loi visant à réprimer la contestation des génocides reconnus par la loi*, au cons. 34.

¹⁵⁰ Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, au cons. 103.

¹⁵¹ Michel Troper, « La loi Gayssot et la Constitution », op. cit., à la p. 1249.

d'un droit. Il peut donc librement user de ses pouvoirs de modification ou de suppression comme l'a confirmé le Conseil constitutionnel en considérant qu'il est « *loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler d'écrire et d'imprimer* »¹⁵². Cette compétence de limitation est cependant bornée par le Conseil constitutionnel qui a dégagé un impératif de « respect de garanties légales ». Pour la doctrine, cela n'est ni plus ni moins la consécration de l'existence d'un seuil de limitation législative de la liberté d'expression qui resterait infranchissable. Au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la *Constitution française*, une telle interprétation de la liberté d'expression est néanmoins difficilement démontrable.

B. La perpétuation de la suprématie législative au Canada en matière de liberté d'expression

1. L'illusion de la suprématie constitutionnelle de la liberté d'expression en droit constitutionnel canadien

Dès 1938, dans l'arrêt *Renvoi relatif aux lois albertaines*, on observe une première tentative des juges canadiens de mettre la liberté d'expression à l'abri de toutes limitations, non seulement en vertu du principe de répartition des compétences, mais également au regard d'une prétendue valeur supra-législative de cette liberté au sein de l'ordonnement juridique canadien. Puis, en 1957, dans l'affaire *Switzman*, le juge Abbott a affirmé cette appréciation de la liberté d'expression en tant que norme supra-législative en concluant que si en vertu du préambule des *Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, la Constitution canadienne « *reposait sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni* », le « [traduction] *Parlement lui-même ne pourrait abroger ce droit de discussion et de débat* »¹⁵³. Or, sur un plan strictement juridique, considérer le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* comme un prétendu

¹⁵² Cons const., 28 février 2012, n° 2012-647 DC, *Loi visant à réprimer la contestation des génocides reconnus par la loi*, au cons 5.

¹⁵³ *Switzman c. Elbing*, précit., à la p. 328.

fondement constitutionnel de la valeur supra-législative de la liberté d'expression est erroné. Au-delà du caractère subsidiaire et de la nature formelle du préambule¹⁵⁴, la référence à la Constitution du Royaume-Uni dans le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, loin d'être un argument en faveur de la reconnaissance d'une liberté d'expression qui s'imposerait aux parlements fédéral et provinciaux du Canada, apparaît plutôt être un argument à l'encontre d'une telle conclusion. En effet, la Constitution britannique semble reposer davantage sur le principe de la suprématie parlementaire que sur les libertés publiques¹⁵⁵.

Cependant, depuis l'insertion de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'absence de fondement constitutionnel de la liberté d'expression ne se pose plus et tous les actes des pouvoirs publics canadiens sont soumis au respect de la liberté d'expression selon son alinéa 2 b)¹⁵⁶. En effet, en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en tant que « Loi suprême du Canada », la *Charte canadienne* « rend inopérante les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »¹⁵⁷. Le constituant canadien, en 1982, a ainsi octroyé une valeur supra-législative à la liberté d'expression consacrée à l'alinéa 2 b) de la *Charte*. Désormais, les compétences législatives et gouvernementales sont restreintes non seulement par le partage des compétences prévu par la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais également par le respect des droits et libertés énoncés dans la *Charte de la Loi constitutionnelle de 1982*¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Louis Sourmany, « Le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* » (1977) 18 *Cahier de Droit* 91 p. 96

¹⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 135.

¹⁵⁶ Pierre Bosset, Michel Coutu, « Acte fondateur ou loi ordinaire ? Le statut de la Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre juridique québécois », (2015) hors-série 39 *Revue québécoise de droit international* 37.

¹⁵⁷ Article 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

« La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ».

¹⁵⁸ Article 32 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

« La présente Charte s'applique :

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest ;
b) au législateur et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature ».

L'alinéa 2 b) consacre très largement la liberté d'expression. Il découle, en effet, de la *Charte canadienne* une présomption de neutralité quant au contenu expressif constitutionnellement protégé. *A priori* aucun contenu ne peut donc être exclu des garanties de l'alinéa 2 b). Les juges canadiens doivent ainsi appliquer les garanties de la liberté d'expression à tous les contenus expressifs. C'est ce que confirme la Cour suprême du Canada en refusant d'écarter une activité humaine du champ de protection de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification¹⁵⁹. Dès lors, il est possible de présumer que toutes les expressions, sans distinction, bénéficient de la protection constitutionnelle de la *Charte*. C'est ainsi que dans l'arrêt *Keegstra*, la Cour suprême a déclaré à l'unanimité que la promotion de la haine contre les juifs ou contre un autre groupe racial était protégée par l'alinéa 2 b)¹⁶⁰. Autrement dit, une manifestation qui promeut la haine raciale ne peut être exclue des garanties de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* du seul fait du caractère offensant du message transmis.

La liberté d'expression *lato sensu* prévue à l'alinéa 2 b) est toutefois à nuancer au regard de la reconnaissance de la possibilité de limiter la liberté d'expression consacrée à l'article premier.

En effet, comme tous les droits et libertés consacrés par la *Charte*, la liberté d'expression est soumise à la clause limitative générale de son article premier. En vertu de ce dernier, une règle de droit qui limite la liberté d'expression ne sera constitutionnellement admise que si elle est une limite raisonnable pouvant se justifier au sein d'une société libre et démocratique. À la différence du législateur français qui n'est formellement tenu à aucune exigence à l'heure de limiter la liberté d'expression, les organes compétents pour limiter la liberté d'expression au Canada sont contraints de considérer le critère de la *raisonnabilité* d'une telle limitation dans une société libre et démocratique. Force est de constater qu'une telle clause limitative confère une certaine latitude aux législateurs et gouvernements fédéral et provinciaux canadiens

¹⁵⁹ Voir : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)* [1989] 1 RCS 927, à la p. 969 ; *R. c. Keegstra* [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 827.

¹⁶⁰ *R. c. Keegstra*, *ibid.*, à la p. 828.

pour limiter le droit à la liberté d'expression. Ainsi, malgré une large consécration constitutionnelle de celle-ci, avec une telle étendue de la norme générale de justification d'une limitation, le domaine constitutionnellement protégé de la liberté d'expression est susceptible d'être annihilé par une limitation apparaissant comme raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le *Code criminel* canadien fait d'ailleurs état de plusieurs infractions visant une activité expressive¹⁶¹. Toutes ces infractions qui criminalisent des expressions particulières se fondent sur l'article premier de la *Charte canadienne* et illustrent la large compétence dont dispose le parlement fédéral canadien pour restreindre la liberté d'expression. Il est curieux d'affirmer, à l'instar de la Cour suprême, que « *le simple fait que le Parlement ait décidé de criminaliser une activité donnée n'exclut pas cette activité du champ de l'article 2 b) de la Charte* »¹⁶² alors que la conformité constitutionnelle des infractions criminelles qui visent des activités expressives dépend justement de la possibilité ou non pour le législateur de limiter (notamment par l'incrimination pénale) l'exercice de la liberté d'expression. De cette façon, il est antinomique qu'une activité expressive soit à la fois constitutionnellement protégée et pénalement sanctionnée.

À l'inverse de l'article 53 de la *Constitution espagnole* qui fait obstacle à la suprématie législative en matière de limitation de la liberté d'expression, l'article premier de la *Charte canadienne* assure une certaine continuité de la suprématie législative en droit canadien. Celle-ci est complètement confirmée par la présence d'une clause dérogatoire qui permet de suspendre la liberté d'expression.

2. La perpétuation de la clause dérogatoire de la *Loi constitutionnelle de 1982*

¹⁶¹ Parmi lesquels on retrouve : *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 51 : interdiction d'intimider le parlement ; art. 59 : interdiction de sédition ; art. 113 : interdiction de témoignages contradictoires ; art. 264.1 : interdiction de proférer des menaces ; art. 296 : interdiction de libellé blasphématoire ; art. 301 : interdiction de libellé diffamatoire ; art. 318 : interdiction d'encouragement au génocide ; art. 319 : interdiction de la propagande haineuse ; art 423 : interdiction d'intimidation.

¹⁶² *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S 1123, à la p. 1182. Voir également : Peter Hogg, *Constitutional Law*, op. cit., à la p. 950.

Si l'article premier de la *Charte canadienne* est une affirmation de la suprématie du législateur face au pouvoir judiciaire lorsque celui-ci lui démontre qu'il a fixé des limites raisonnables aux droits garantis dans une société libre et démocratique, l'article 33 de la *Charte* va plus loin en octroyant un pouvoir au législateur d'éviter le contrôle du juge. Cet article résulte de l'héritage constitutionnel britannique qui place la suprématie de la souveraineté parlementaire au dessus des droits et libertés¹⁶³. Ainsi, en droit constitutionnel canadien, des droits généralement considérés comme intangibles¹⁶⁴ se retrouvent dans le champ d'application de la clause « *nonobstant* » et peuvent faire l'objet d'une dérogation à travers une simple loi ordinaire fédérale ou provinciale. Parmi les droits dérogeables, la *Charte canadienne* prévoit la possibilité pour le pouvoir législatif, fédéral comme provincial, de contourner les garanties de l'alinéa 2 b).

L'article 32 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la *Charte* s'applique aux deux ordres de gouvernement ; autrement dit, au parlement fédéral, aux législateurs provinciaux ainsi qu'aux gouvernements fédéral et provinciaux. L'article 33 de la *Charte* quant à lui pose une clause dérogatoire permettant au parlement fédéral ou aux législateurs provinciaux de déroger aux libertés fondamentales consacrés à l'article 2, aux garanties juridiques des articles 7 à 14 et au droit à l'égalité de l'article 15 de la *Charte*. L'article 33 est une manifestation du principe de suprématie parlementaire en ce que seul le pouvoir législatif peut se prévaloir d'un pouvoir de dérogation.

Dans le modèle canadien, directement inspiré du modèle constitutionnel britannique, il semble qu'une telle clause aille de pair avec la consécration de droits fondamentaux. Ainsi, l'établissement d'une clause permettant de déroger à des droits consacrés n'est pas une création des constituants de 1982.

La *Déclaration canadienne* des droits de 1960 prévoyait déjà une disposition permettant une dérogation aux droits qu'elle consacrait. Toutefois, contrairement à

¹⁶³ André Binette, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la structure de la Constitution du Canada » 2003 numéro spécial *Revue du Barreau* 113-117.

¹⁶⁴ *Ibid.*, à la p. 117.

l'article 33 de la *Charte canadienne*, elle visait l'ensemble des droits consacrés. D'autre part, une fois invoquée, la disposition prévoyant une dérogation s'applique de manière indéfinie alors que la clause *nonobstant* de la *Charte* est valable pour une période de cinq ans et est renouvelable. Comme l'article 33 de la *Charte canadienne*, l'article 2 de la *Déclaration canadienne* ne posait qu'une exigence de forme. En effet, la seule exigence pour déroger aux droits garantis résidait dans l'obligation pour le législateur fédéral de déclarer expressément les droits auxquels il entendait déroger¹⁶⁵. De cette manière, en vertu de son article 2, la *Déclaration canadienne des droits* pouvait être révoquée à tout moment par le Parlement¹⁶⁶. C'est ce qu'il s'est passé en 1970 lors de l'application de la *Loi sur les mesures de guerre*¹⁶⁷.

Avec la *Charte canadienne*, la *Déclaration canadienne* est, de fait, tombée un peu dans l'oubli bien qu'elle soit en principe toujours en vigueur. Dès lors, si le gouvernement fédéral souhaite déroger à la liberté d'expression, le Parlement devra expressément mentionner tant les droits de la *Déclaration* que ceux de la *Charte canadienne* visés par la dérogation¹⁶⁸.

Ce n'est pas qu'au niveau fédéral que l'on trouvait des clauses dérogatoires assurant la suprématie parlementaire sur les droits et libertés consacrés. Certaines provinces s'étaient dotées de *Charte de droits fondamentaux* qui contenaient déjà des dispositions prévoyant des dérogations avant la rédaction de la *Charte canadienne*¹⁶⁹. C'est le cas notamment de la *Charte des droits de la personne* du Québec dont l'article 52 prévoit qu'« aucune disposition d'une loi, même postérieure à la *Charte*, ne peut

¹⁶⁵ Ibid., à la p. 122.

¹⁶⁶ *Déclaration canadienne des droits* S.C., 1960, c 44, art. 2.

¹⁶⁷ André Binette, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la structure de la Constitution du Canada », op. cit., à la p. 123.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ On trouve, par exemple, des précédents législatifs canadiens à la clause *nonobstant* à l'article du *Saskatchewan Human Rights Code C.S.S., chap. S-24.1*, art. 44; ainsi que l'*Alberta Bill of rights*, R.S.A. 1980, chap. A-16, art. 2 ; ou encore la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap.C-12, art. 52 (Québec).

déroger aux article 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte ».

Avec l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, le parlement fédéral avait déjà un pouvoir de déroger aux droits fondamentaux qui étaient censés le lier. Ainsi, en matière de limitation de la liberté d'expression, l'article 33 de la *Charte canadienne* semble seulement réaffirmer un pouvoir de dérogation dont le parlement fédéral disposait déjà mais au niveau supra-législatif. La nouveauté réside, en revanche, dans le pouvoir reconnu aux législateurs provinciaux de déroger à la liberté d'expression constitutionnellement consacrée.

Dès l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, en protestation contre le « rapatriement unilatéral » de la Constitution¹⁷⁰, le gouvernement québécois, à travers son parlement, avait décidé d'insérer systématiquement une clause dérogatoire dans tous ses projets de loi. Même si le motif derrière cette action était politique puisqu'il s'agissait de protester contre le « rapatriement » de la Constitution canadienne pour lequel le Québec n'avait pas donné son accord, son effet juridique était la suspension des garanties constitutionnelles des droits dérogeables, parmi lesquels on trouve les libertés fondamentales de l'article 2 de la *Charte canadienne*. Le parlement québécois a continué à adopter des dispositions dérogatoires de manière systématique jusqu'en 1985. Puis, la clause *nonobstant* n'a été utilisée que pour limiter la liberté d'expression de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* en faveur de l'obligation d'affichage public en langue française. Alors que la Cour suprême invalida la *Charte de la langue française* qui prévoyait l'interdiction d'affichage public en anglais en ce qu'elle était contraire à la liberté d'expression nouvellement consacrée par la *Charte canadienne*, la province du Québec adopta la *loi 178* modifiant la *Charte de la langue française* pour y inclure une clause dérogatoire. De cette façon, il était possible de maintenir une

¹⁷⁰ Le rapatriement de la Constitution du Canada fait référence au processus par lequel le Canada est devenu apte à modifier lui-même sa constitution, sans l'accord du Royaume Uni. Le rapatriement s'est effectué en 1982 par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce rapatriement est dit unilatéral dès lors que le Québec n'a pas consenti au processus.

telle loi dans le système normatif québécois malgré sa non-conformité à l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*.

L'exemple du système juridique québécois montre à quel point la clause *nonobstant* est un outil intéressant pour préserver la suprématie des législateurs provinciaux en matière de droits et libertés constitutionnellement protégés.

D'autre part, l'utilisation de la clause *nonobstant* peut également constituer une arme pour la province afin de s'opposer à une interprétation des droits et libertés de la *Charte* de la part de la Cour suprême. En matière d'application de la clause dérogatoire, cette dernière se garde en effet non seulement de tout contrôle de l'opportunité de la politique législative quant à l'exercice d'un pouvoir de dérogation mais se contente également d'une déclaration expresse minimum.

Ainsi, dans l'arrêt *Ford*¹⁷¹, la Cour suprême a retenu une interprétation de l'article 33 de la *Charte canadienne* qui octroie une grande latitude au pouvoir législatif s'agissant de la mise en œuvre de cette clause dérogatoire. Elle se limite effectivement à un contrôle minimum et très restreint de l'application de la clause dérogatoire en rappelant que l'article 33 de la *Charte* n'exige aucun examen au fond du choix du législateur de déroger à l'article 2 et aux articles 7 à 15 du même texte. En effet, aucun élément de l'article 33 ne laisse penser que celui-ci prévoit un tel contrôle. Cette disposition n'impose que des exigences de forme¹⁷² ; précisément, l'unique exigence posée pour qu'une loi déroge aux droits et libertés garantis, c'est que celle-ci déclare expressément qu'elle a effet indépendamment des droits garantis par l'article 2 ou les articles 7 à 15 de la *Charte*¹⁷³. La Cour suprême se garde de contrôler l'existence d'un

¹⁷¹ *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

¹⁷² *Ibid.* à la p. 740 :

« L'article 33 établit des exigences de forme seulement il n'y a aucune raison d'y voir la justification d'un examen au fond de la politique législative qui a donné lieu à l'exercice du pouvoir dérogatoire dans un cas donné ».

¹⁷³ *Ibid.*, aux p. 741-742 :

« Avec égards pour le point de vue contraire la Cour est d'avis qu'une déclaration faite en vertu de l'article 33 est suffisamment explicite si elle mentionne le numéro de l'article du paragraphe ou de l'alinéa de la *Charte* qui contient la disposition ou les dispositions auxquelles on entend déroger. [...] Il n'y a aucune raison d'exiger davantage en vertu de l'article 33. Un renvoi au numéro de l'article du paragraphe ou de l'alinéa contenant la disposition ou les dispositions auxquelles il sera dérogé suffit pour informer les intéressés de la gravité relative de ce qui est envisagé. Il n'est pas possible que par l'emploi du mot "expressément" l'on est voulu obliger le législateur à alourdir une déclaration faite en vertu de l'article 33 en y reproduisant textuellement la disposition

lien entre la loi dérogatoire et les droits et libertés auxquels le législateur entend déroger. Mis à part le principe général de non rétroactivité du droit qui implique que les dérogations n'aient d'effets que pour l'avenir, les exigences imposées au pouvoir législatif de dérogation à la liberté d'expression ne sont que très faiblement restrictives. En effet, toujours dans l'arrêt *Ford*, la Cour suprême a pu préciser qu'en l'espèce :

« La validité de l'édition d'une loi dérogatoire n'est nullement compromise par le fait que cette disposition a été insérée au moyen d'un seul texte législatif dans toutes les lois québécoises adoptées avant une date donnée. Il s'agissait d'un exercice valable du pouvoir législatif qui n'empêche aucunement la déclaration dérogatoire ainsi introduite dans chaque loi d'être une déclaration expresse au sens de l'article 33 de la *Charte canadienne* ».

Il semble ainsi que dans cet arrêt, les juges de la Cour suprême aient interprété la clause dérogatoire de sorte que l'application de l'article 33 de la *Charte* suppose la suspension de tous les droits garantis sans qu'il soit besoin pour le législateur de préciser quels sont les droits particuliers qu'il souhaite suspendre¹⁷⁴. En effet, le contrôle de l'existence d'un lien entre la loi dérogatoire, et les droits et libertés auxquels le législateur entend déroger, impliquerait un contrôle au fond de la part de la Cour suprême ; une possibilité toutefois exclue par l'article 33 de la *Charte*.

Ainsi, en écartant tout contrôle au fond, cette disposition permet aux législateurs, fédéral et provinciaux, d'édicter des lois susceptibles de porter atteinte à la liberté d'expression et aux autres droits consacrés par la *Charte canadienne*. Autrement dit, l'application de l'article 33 permet aux législateurs, par le biais d'une

ou les dispositions de la *Charte* auxquelles on entend déroger ce qui dans le cas de la disposition dérogatoire type en cause, l'obligerait à être particulièrement proluxe ».

¹⁷⁴ *Ibid.*, aux p. 740-741 :

« L'exigence d'un lien ou d'un rapport apparent entre la loi dérogatoire et les droits ou libertés garanties auxquels on veut déroger semble ouvrir la voie à un examen au fond car il semble exiger que le législateur précise les dispositions de la loi en question qui pourrait par ailleurs porter atteinte à des droits ou à des libertés garantis spécifiés. Ce serait exiger dans ce contexte une justification *prima facie* suffisante de la décision d'exercer le pouvoir dérogatoire et non pas simplement une certaine expression formelle de cette décision. Rien dans les termes de l'article 33 ne permet d'y voir une telle exigence. Il se peut en fait que le législateur ne soit pas en mesure d'établir avec certitude quelle disposition de la *Charte canadienne des droits et libertés* pourrait être invoquées avec succès contre divers aspects de la loi en question. C'est pour cette raison qu'il doit être permis dans un cas donné de déroger à plus d'une disposition de la *Charte* et même à toutes les dispositions auxquelles l'article 33 autorise à déroger. En conséquence la disposition dérogatoire type présentement en cause constitue un exercice valable du pouvoir conféré par l'article 33 dans la mesure où elle a pour effet de déroger à toutes les dispositions de l'article 2 et les articles 7 à 15 de la *Charte* ».

simple loi ordinaire, d'aller à l'encontre des garanties constitutionnelles de l'alinéa 2 b).

Sous-chapitre 2. La justification des interdictions d'expression de certaines opinions

Au sein des trois ordres juridiques étudiés, la liberté d'expression se situe au plus haut rang de la hiérarchie normative. Or, tous les droits et libertés constitutionnellement reconnus ayant la même valeur normative, il n'existe pas de hiérarchie entre eux. Le respect de tous les droits garantis s'impose donc, en principe, de la même manière au législateur. Dès lors, si, d'une part, le respect de la liberté constitutionnelle d'expression restreint la compétence législative de limiter son exercice, d'autre part, le respect d'autres libertés pareillement reconnues peut justifier une telle limitation. *A priori*, en vertu du principe de hiérarchie des normes, la liberté d'expression peut être restreinte uniquement en vue de la protection d'autres intérêts constitutionnellement garantis comme les droits et libertés d'autrui. Ces intérêts constitutionnellement protégés semblent néanmoins s'étendre de manière illimitée selon la volonté des juges, de sorte à entraîner un risque de substitution de ces derniers au législateur (Section 1). Le pouvoir du juge est d'autant plus important lorsqu'il exerce un contrôle de proportionnalité visant à valider ou non la conformité constitutionnelle de l'interdiction de l'expression d'une opinion. Mis à part les discours antidémocratiques caractérisés par une présomption d'inconstitutionnalité, l'interdiction d'autres types de discours doit répondre aux exigences de rationalité, nécessité et proportionnalité. Ces exigences constitutionnelles qui forment le contrôle constitutionnel domine la théorie constitutionnelle. Néanmoins ces exigences sont d'origine exclusivement jurisprudentielle et demeurent sans fondement constitutionnel. Ce contrôle, lorsqu'il est appliqué dans son intégralité, suppose la vérification non seulement d'un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et la limitation de la liberté d'expression édictée par celui-ci, mais également de la nécessité ainsi de la proportionnalité « au sens strict » des moyens choisis par le législateur pour atteindre

cet objectif. Or, un tel contrôle est susceptible de transformer le rôle du juge qui risque effectivement de s'attarder davantage sur la justification des choix du législateur, empiétant ce faisant sur le pouvoir discrétionnaire de ce dernier propre à sa fonction, que sur une vérification de la conformité de l'interdiction de l'expression d'une opinion aux normes constitutionnelles (Section 2).

Section 1. La protection de l'intérêt constitutionnel en tant que justification de la limitation de la liberté d'expression

Le dogme de l'intérêt protégé en droit pénal, qui suppose que l'on incrimine un comportement pour protéger un intérêt légal, peut être appliqué à des fins d'analyse des justifications d'une limitation de la liberté d'expression. La valeur constitutionnelle de la liberté d'expression implique que la justification de sa limitation ne peut trouver de fondement que dans des intérêts constitutionnellement protégés, parmi lesquels on retrouve la protection des droits d'autrui. C'est ainsi que les principes d'égalité et de non-discrimination, que l'on retrouve au sein des trois systèmes constitutionnels analysés, fondent l'interdiction d'exprimer des discours haineux (A).

Si le juge constitutionnel français fait systématiquement référence à la « protection des droits d'autrui » pour justifier une limite à la liberté d'expression, ces droits ne sont pas aussi facilement identifiables qu'en droit espagnol ou canadien. En effet, à l'inverse de la *Constitution espagnole* et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la *Constitution française* est dépourvue, on l'a vu, d'un catalogue exhaustif de droits fondamentaux. C'est ainsi que le juge constitutionnel français s'est octroyé la compétence d'élargir, au fur et à mesure de sa jurisprudence, la liste des droits de valeur constitutionnelle. À travers la création de nouvelles catégories de normes juridiques ayant une valeur supra-législative - tels les objectifs de valeur constitutionnelle -, le juge constitutionnel français dégage des principes supra-législatifs qui s'imposent au législateur alors qu'ils ne se rattachent à aucune disposition du texte constitutionnel. Le Conseil constitutionnel élargit ce faisant explicitement, et sans fondement juridique, les motifs pouvant justifier une limitation de la liberté d'expression. On retrouve pareil

procédé en droit canadien qui dispose pourtant d'une *Charte constitutionnelle* listant les droits et libertés constitutionnellement garantis. En effet, les juges canadiens ne limitent pas leur contrôle de conformité constitutionnelle d'une limitation de la liberté d'expression aux intérêts constitutionnellement protégés mais officient aussi à l'aune d'« objectifs légitimes » qu'ils dégagent eux-mêmes au fur et à mesure de leurs décisions. De cette façon, à l'instar des objectifs de valeur constitutionnelle français, les « objectifs légitimes » canadiens, qui n'ont pour seule limite que l'imagination des juges, sert, soit à justifier les choix des législateurs, soit à réviser leurs choix de manière plus ou moins arbitraire. Or, c'est oublier que le contrôle constitutionnel ne consiste, en principe, ni à justifier les choix du législateur ni à se substituer à celui-ci mais bien à contrôler son action dans les limites posées par les normes constitutionnelles (B).

A. La protection des droits d'autrui comme justification d'interdiction de certains contenus

1. La validité d'une limite à la liberté d'expression en vertu de droits constitutionnels pareillement consacrés

En vertu du principe de hiérarchie des normes, les droits et libertés constitutionnellement garantis ne peuvent être restreints que par d'autres normes de même valeur normative. Au sein des trois ordres juridiques étudiés, la liberté d'expression se situe au plus haut rang de la hiérarchie normative. Toutefois, au sein d'un ordre normatif, tous les droits et libertés constitutionnellement reconnus ont la même valeur normative et il n'existe pas de hiérarchie entre eux. Le respect de tous les droits garantis s'impose de la même manière au législateur. La justification de la limitation de la liberté d'expression ne peut trouver de fondement que dans des normes de valeur constitutionnelle, parmi lesquelles figure le respect des autres droits et libertés constitutionnellement reconnus.

C'est ainsi que l'on retrouve parmi les « mesures nécessaires dans une société démocratique » justifiant une restriction à la liberté d'expression « la protection de la réputation ou des droits d'autrui » prévue à l'article 10-2 de la *Convention européenne*

des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. On retrouve une mention similaire à l'article 20-4 de la *Constitution espagnole* qui précise que la liberté d'expression consacrée au premier paragraphe pourra être limitée par le respect de tous les droits reconnus au titre 1 de celle-ci¹⁷⁵.

Par exemple, l'article 525 du *Code pénal espagnol*, qui sanctionne l'expression blasphématoire, trouve son fondement dans le respect de la liberté d'opinion, de religion et de culte des individus garantie à l'article 16 de la *Constitution espagnole*. Cette disposition semble donner un fondement aux interdictions d'expressions qui dénigrent, insultent, ou tournent en ridicule les croyances religieuses d'autrui. Dès lors, une manifestation féministe prenant la forme d'une procession catholique mettant en scène une vulve au lieu de la Vierge lors d'un carnaval¹⁷⁶ est susceptible d'être exclue de la protection de la liberté d'expression en vertu du respect de la liberté de religion consacrée à l'article 16 de la *Constitution espagnole*.

Le délit de blasphème existe également au Canada, mais non en France¹⁷⁷. Ainsi, en droit français, tourner en ridicule une religion n'est pas sanctionné pénalement mais protégé par les garanties constitutionnelles de la liberté d'expression.

Au sein des textes constitutionnels français et canadien, on ne trouve aucune disposition explicite prévoyant que le respect des autres droits et libertés constitutionnellement garantis peut justifier une limitation à la liberté d'expression. Il n'en demeure pas moins que les législateurs français et canadiens sont strictement limités dans leur marge d'action par les droits constitutionnellement garantis. Dès lors, si d'un côté le respect de la liberté constitutionnelle d'expression restreint la

¹⁷⁵ Article 20-4 de la *Constitution espagnole* :

Ces libertés ont pour limite le respect des droits reconnus au présent titre, des principes contenus dans les lois qui les développent et, plus particulièrement, le droit à l'honneur, à l'intimité à sa propre image et à la protection de la jeunesse et de l'enfance »

¹⁷⁶ Les organisatrices de cette marche du « vagin insoumis » en mai 2014 ont été condamnées pour délit d'offense du sentiment religieux en vertu de l'article 525 du Code pénal.

¹⁷⁷ Laurent Pech « Fondement du droit de la presse et des médias » dans Bernard Beignier *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, Litec, collection « Traités », 2009, à la p. 102 ; Blandine Chélini Pont, Marc Péna, Emmanuel Tawil, « Liberté d'expression et religion, rapport français. Table ronde : Constitution et liberté d'expression » (2007) 3 AIJC 210-212.

compétence de limiter son exercice, d'un autre côté le respect d'autres libertés pareillement reconnues peut justifier cette limitation.

Ainsi l'article premier de la *Charte canadienne* prévoit la possibilité de restreindre la liberté d'expression mais, à l'inverse de l'article 10-2 de la *Convention européenne* et de l'article 20-4 de la *Constitution espagnole*, celui-ci ne précise pas que le respect des droits et libertés d'autrui peut fonder la validité d'une restriction.

L'article premier de la *Charte canadienne* prévoit la possibilité de restreindre les droits et libertés consacrés par une règle de droit seulement « *dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique* ». Dans l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême canadienne a proposé une interprétation extensive de cette clause de limitation en posant les critères de justification appliqués en droit canadien pour juger de la conformité d'une limitation de la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Ainsi, selon le juge suprême canadien, le premier critère de validité d'une interdiction d'expression réside dans la poursuite d'un objectif « *suffisamment important* » qui se rapporte à « *des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique* »¹⁷⁸. Or, bien que le respect des droits et libertés garanties par la *Charte* constitue un objectif « *suffisamment important* » pour fonder la validité d'une limitation à la liberté d'expression, les juges canadiens préfèrent établir eux même, selon des considérations extra juridiques, ce qui constitue un objectif « *urgent et réel* » fondant la validité ou l'invalidité d'une limitation de la liberté d'expression¹⁷⁹.

¹⁷⁸ *R. c. Oakes* [1986] 1 R.C.S., à la p. 139 :

« Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être "suffisamment important pour justifier la suppression d'endroit ou du libertés garantis par la Constitution". [...] Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important. En deuxième lieu, dès lors qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer ».

¹⁷⁹ Par exemple, dans *R. c. Butler* [1990] 1 RCS 445, à la p. 493, il est fait référence au rapport sur la pornographie du comité permanent de la justice et des affaires juridiques dit « *rapport McGuignan* » datant de 1978. Ainsi, le « *danger évident et incontestable* » de la pornographie est démontré par des

De cette manière, ils outrepassent leur rôle de gardien de la Constitution pour se substituer au législateur. Ainsi, à propos d'une loi interdisant la communication de sondages sur les intentions de vote au cours des trois derniers jours d'une campagne électorale, en vertu de l'article premier de la *Charte*, les juges doivent apprécier si une telle limitation à la liberté d'expression de la presse, lorsqu'elle poursuit l'objectif de respecter le droit de vote des citoyens canadiens, est une limite « raisonnable ». Le fait que la publication de sondages entraîne effectivement ou non des effets nocifs sur l'exercice du droit de vote peut sans doute fonder la décision politique du législateur d'interdire la communication de sondages trois jours avant les élections, mais cela ne devrait pas fonder la décision de nature juridique d'un juge¹⁸⁰.

Alors que le juge canadien ne se limite pas à fonder le contrôle de constitutionnalité des limitations de la liberté d'expression au respect des autres droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*, le juge constitutionnel français fait référence à la « protection des droits d'autrui » pour justifier une limite à la liberté d'expression. Néanmoins, ces « droits d'autrui » ne sont pas aussi facilement identifiables qu'en droit espagnol et canadien. En effet, le système constitutionnel français, comme on l'a déjà relevé, est dépourvu de catalogue de droits fondamentaux. C'est le *Conseil constitutionnel*, dans une décision de référence de 1971, qui a octroyé une valeur constitutionnelle aux droits et libertés présents dans certains textes politiques ayant *a priori* un caractère déclaratoire¹⁸¹. Au-delà de l'absence de fondement dans le texte constitutionnel de cette compétence d'opposer au législateur des droits et libertés supra-législatifs, c'est la question de la délimitation même de cette attribution qui se pose. En effet, il semble que le juge constitutionnel français se soit

études suffisantes aux yeux des juges pour justifier l'interdiction de l'expression obscène visée à l'article 163 du Code criminel canadien.

¹⁸⁰ Voir *Thomson Newspapers c. Canada* (P.G) [1998] 1 R.C.S, aux p. 946 et s. dans lequel le juge Bastarache s'éloigne de toutes considérations juridiques pour apprécier la conformité de l'interdiction de publication de sondage et se limite à déterminer si le législateur a raison de croire que les sondages d'opinion « déforment » le droit de vote des citoyens.

¹⁸¹ Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, précit. : « Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République... ».

octroyé la compétence d'élargir la liste des droits à valeur constitutionnelle. On peut en conséquence se demander dans quelle mesure, en droit français, il est encore possible de dégager de nouveaux principes constitutionnels dont la protection pourrait justifier une limitation de la liberté d'expression.

2. La justification d'interdiction de manifestations exprimant des discours de haine

L'article 20 de la Constitution espagnole reprend le dogme dit de l'intérêt protégé qui suppose que si une norme incrimine un discours cela doit uniquement être possible pour protéger un intérêt¹⁸². On retrouve pareille théorie principalement en droit pénal qui considère que l'infraction n'est pas la violation de la loi pénale mais celle des intérêts protégés par la loi pénale. L'infraction pénale implique en ce sens la mise en danger d'un intérêt juridique qui a pour caractère essentiel de causer un trouble social¹⁸³.

Le délit du discours de haine figure parmi les limitations de la liberté d'expression prévues au sein des ordres juridiques français, canadien et espagnol. Ce délit est une limite à la liberté d'expression du fait de son effet néfaste qu'il peut avoir notamment à travers la provocation à la haine¹⁸⁴. En effet, tant l'article 24 de la loi française du 29 juillet 1881¹⁸⁵ sur la liberté de la presse que l'article 510 du Code pénal espagnol sanctionnent explicitement et spécifiquement toutes provocations à la haine à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personne en raison de leur origine (ethnique, nationale, religieuse), de leur sexe, de leur orientation et identité sexuelle ou de leur handicap¹⁸⁶. Bien que l'on ne trouve pas une telle liste de motifs caractéristiques d'un discours de haine en droit canadien, ceux-ci peuvent être compris dans le champ

¹⁸² Thomas Hochmann, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression : étude de droit comparé*, op. cit., à la p. 37.

¹⁸³ René Garraud, *Précis de droit criminel*, 14^e éd., Paris, Sirey, 1926, à la p. 62.

¹⁸⁴ Voir : Thomas Hochmann, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression : étude de droit comparé*, op. cit., à la p. 60.

¹⁸⁵ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (1).

¹⁸⁶ Article 510 du *Code pénal espagnol* ; article 24 de la *loi française du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*.

du délit sanctionné à l'article 319 (2) du Code criminel dès lors que cette disposition sanctionne les discours fomentant une haine contre tout « groupe identifiable »¹⁸⁷. Ce sont les principes d'égalité et de non-discrimination consacrés dans les trois systèmes constitutionnels étudiés qui justifient l'interdiction des discours de haine. Ainsi, l'expression d'un discours de haine contre un groupe identifiable justifie l'interdiction d'une manifestation au sein des trois systèmes constitutionnels étudiés.

Néanmoins, dans le contexte d'une manifestation qui suppose une expression de protestation plus ou moins provocatrice, l'expression polémique peut parfois se confondre avec un discours incriminé. C'est le cas, par exemple, de l'inscription « homophobes » sur les affiches portant le logo de l'association française la *Manif pour tous* opposée au mariage homosexuel susceptible d'entrer dans le champ du délit d'injure¹⁸⁸. Ainsi, une trop large définition des délits d'injure, de diffamation ou de discours de haine accroît la base juridique pour limiter la liberté d'expression, notamment dans le contexte de manifestations politiques.

L'article 20-4 de la *Constitution espagnole* accorde une importance toute particulière au respect des droits consacrés à l'article 18 de ce texte, à savoir le droit à l'honneur, le droit à l'intimité et le droit à sa propre image envisagés en tant que fondements à la limitation de la liberté d'expression.

En droit espagnol, l'atteinte à l'honneur du roi et aux membres de la famille royale relève d'un délit particulier¹⁸⁹. Il semble cependant qu'un tel délit d'offense envers les membres de la Couronne ne soit pas compatible avec l'article 10 de la *Convention européenne*. En effet, bien qu'un tel délit puisse se rattacher au but légitime de « protection de la réputation ou des droits d'autrui » énoncé à l'article 10-2 de la

¹⁸⁷ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art 319 (2) :

« Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, fomenté volontairement la haine contre un groupe identifiable ».

¹⁸⁸ Cour cass. crim., 23 janvier 2018, au considérant 5. Alors que l'association *Act up* avait été condamnée par la Cour d'appel de Paris pour délit d'injure à l'encontre de l'association la *Manif pour tous* pour avoir placardé l'inscription « homophobe » sur des pancartes de la *Manif pour tous*, la Cour de cassation a cassé et annulé cette condamnation.

¹⁸⁹ Article 490-3 du *Code pénal espagnol*.

Convention, dans l'arrêt *Otegi Mondragon c. Espagne*¹⁹⁰, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a condamné l'Espagne en considérant qu'il n'apparaît pas « nécessaire dans une société démocratique » d'interdire un discours politique même lorsque celui-ci porte atteinte à l'honneur du roi¹⁹¹.

La France a également été condamnée par la Cour de Strasbourg s'agissant du délit d'offense au Président de la République prévu à l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881¹⁹² qui avait servi de fondement à la condamnation d'un manifestant lors d'une visite du président Nicolas Sarkozy, en août 2009, portant une pancarte où il était écrit « Casse toi pôv con », en référence à cette même phrase proférée par Nicolas Sarkozy, quelques mois auparavant lors du Salon de l'agriculture¹⁹³.

Toutefois, tandis que la France a abrogé ce délit en réaction à cette condamnation de la juridiction européenne, il subsiste en droit espagnol l'article 490 du *Code pénal* instituant le délit d'offense à la famille royale. Autrement dit, l'atteinte à l'honneur de la famille royale est susceptible de constituer un fondement juridique à une interdiction substantielle d'expression.

B. La délimitation des motifs de justification à la limitation de l'expression de certains contenus

1. Un élargissement formel des motifs justifiant l'interdiction d'exprimer certains contenus

¹⁹⁰ *Otegi mondragon et autres c. Espagne* 20134/07 15 mars 2011 CEDH

¹⁹¹ *Ibid.*, au paragraphe 48.

En l'espèce il s'agissait d'un porte-parole d'un groupe parlementaire qui, en réponse à une question posée par un journaliste lors d'une conférence de presse au sujet de la venue du Roi d'Espagne au Pays Basque accueilli par le président de la province Biscaye, avait déclaré : « Comment est-ce possible qu'il se fasse photographier aujourd'hui à Bilbao avec le roi d'Espagne, alors que le roi d'Espagne est le chef suprême de l'armée espagnole, c'est à dire le responsable des tortionnaires et celui qui protège la torture et qui impose son régime monarchique à notre peuple au moyen de la torture et de la violence ? ».

¹⁹² *Éon c. France*, 26118/10 14 mars 2013, CEDH

¹⁹³ Nicolas Hervieu, « L'équivoque sursis européen concédé au délit d'offense au président de la République » dans Lettre « Actualités Droits et libertés » du CREDOF, 20 mars 2013 ; disponible en ligne : <http://wp.me/p1Xrup-11p>

En vertu du principe de hiérarchie des normes, afin que les limitations à la liberté d'expression soient reconnues comme valides, elles doivent remplir les critères énoncés par les normes constitutionnelles.

L'article 20-4 de la *Constitution espagnole* consacre explicitement les principes constitutionnels dont le respect peut limiter la liberté d'expression¹⁹⁴. Les systèmes constitutionnels français et canadien sont dépourvus d'une telle délimitation.

L'article premier de la *Charte canadienne* est une clause limitative générale aux droits et libertés consacrés qui restreint la possibilité de limiter la liberté d'expression aux seules limites « *raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique* ». L'article premier pose l'exigence d'une conséquence néfaste pour restreindre la liberté d'expression¹⁹⁵.

Dans l'arrêt *Oakes*, les juges de la Cour suprême ont à cet égard précisé que :

« Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être "suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution". (R. c. Big M Drug Mart Ltd. A la p. 352) La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important »¹⁹⁶.

Autrement dit, pour la Cour suprême canadienne, l'article premier de la *Charte* conditionne la conformité d'une limitation de l'exercice de la liberté d'expression à la poursuite d'« objectifs légitimes » dans une « société libre et démocratique ». Pourtant, la *Charte canadienne* ne mentionne pas d'objectifs légitimes justifiant une limitation de la liberté d'expression.

¹⁹⁴ Article 20-4 de la *Constitution espagnole* :

« Ces libertés trouvent leur limite dans le respect des droits reconnus au présent titre, dans les préceptes des lois qui le développent et, en particulier, dans le droit à l'honneur, à l'intimité, à sa propre image et à la protection de la jeunesse et de l'enfance ».

¹⁹⁵ *R. c. Oakes*, précit., à la p. 136 :

« Les droits et libertés garantis par la charte ne sont pas absolus. Il peut être nécessaire de les restreindre lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre les objectifs sociaux fondamentalement importants ».

¹⁹⁶ *Ibid.*, à la p.139.

À travers la consécration du critère de l'« objectif légitime » posé dans l'arrêt *Oakes*, les juges canadiens vont systématiquement fonder leur contrôle de constitutionnalité des limitations de la liberté d'expression sur des principes qu'ils estiment essentiels dans une société libre et démocratique. Par exemple, en 1992 dans l'arrêt *Butler*, l'article 163 du *Code criminel* qui interdit les publications obscènes a été déclaré constitutionnellement conforme par les juges de la Cour suprême dès lors qu'il vise à éviter qu'un préjudice soit causé à la société. Les juges n'identifient pas clairement l'objectif poursuivi par le législateur, en revanche, ils écartent la possibilité que l'objectif poursuivi réside dans le fait d'imposer une norme de moralité publique dès lors que, selon eux, un tel objectif s'accorde mal avec une « société libre et démocratique »¹⁹⁷. Or, pour la Cour suprême canadienne, l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il pose une interdiction d'exprimer un contenu obscène est d'éviter de causer un préjudice à la société résultant de la prolifération de matériel obscène qui, selon eux, va à l'encontre des valeurs fondamentales de la société canadienne¹⁹⁸. Les juges canadiens ne limitent donc pas leur contrôle de conformité d'une limitation de la liberté d'expression à une liste d'objectifs légitimes préalablement déterminés mais considèrent des objectifs légitimes qu'ils dégagent eux-mêmes au fur et à mesure de leurs décisions.

L'absence de délimitation formelle des motifs justifiant une limitation de la liberté d'expression est également observable en droit français.

À défaut d'une Constitution suffisamment détaillée et explicite en matière de libertés fondamentales, le juge constitutionnel français ne dispose pas d'une clause limitative générale tel que celle prévue à l'article premier de la *Charte canadienne*. Il s'est alors reconnu la compétence de dégager des principes supra-législatifs qui s'imposeront à toutes les autorités¹⁹⁹.

¹⁹⁷ *R. c. Butler*, précit., à la p. 493.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Voir : Pierre de Montalivet, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *op. cit.*, aux p. 254-262.

Si le Conseil constitutionnel s'était déjà montré audacieux en 1971 en élargissant le bloc de constitutionnalité, il est allé plus loin depuis lors en consacrant de nouvelles catégories de textes ayant valeur constitutionnelle. Dans sa décision *Sécurité et liberté* des 19 et 20 janvier 1981, le Conseil constitutionnel, en faisant référence aux « fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle »²⁰⁰, annonçait les prémices de nouvelles catégories de normes supra-législatives susceptibles de justifier une limitation de la liberté d'expression.

Puis, dans sa décision du 27 juillet 1982, le Conseil constitutionnel a pour la première fois reconnu une valeur constitutionnelle à des *objectifs* qui ne se rattachent pourtant à aucune disposition de la Constitution²⁰¹. En effet, à travers cette décision, le juge a rappelé qu'en vertu de l'article 34 du texte constitutionnel, il revient au législateur d'encadrer l'exercice de la liberté de communication. Cependant, le Conseil constitutionnel impose à ce dernier de concilier sa compétence avec « les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels »²⁰². Le Conseil constitutionnel a, ce faisant, explicitement élargi, sans fondement juridique textuel, les motifs pouvant justifier une limitation de la liberté d'expression.

Les *objectifs de valeur constitutionnelle*, en tant que nouvelle catégorie normative, sont ainsi venus s'ajouter aux règles supra-législatives pouvant justifier une limitation de la liberté d'expression. Dès lors, le juge constitutionnel français, en s'octroyant la compétence de dégager des principes de valeur constitutionnelle, a élargi l'étendue des normes pouvant fonder une limitation de la liberté d'expression.

En effet, cette nouvelle catégorie de normes supra-législatives peut tantôt restreindre la compétence du législateur pour poser des limites à la liberté d'expression,

²⁰⁰ Cons. const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, au considérant 58.

²⁰¹ Pierre de Montalivet, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », op. cit., à la p. 255.

²⁰² Cons. const., 27 juillet 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, au considérant 5.

tantôt offrir de nouveaux fondements justifiant de telles limites. De cette façon, ces nouveaux principes à valeur constitutionnelle peuvent servir de fondement soit pour justifier les choix du législateur, soit pour les réviser de manière plus ou moins arbitraire. Or, le contrôle constitutionnel ne consiste en principe ni à justifier les choix du législateur ni à se substituer à celui-ci mais bien à contrôler son action dans les limites posées par la norme constitutionnelle.

À l'instar des objectifs législatifs urgents et réels qui servent aux juges canadiens à justifier leur contrôle de constitutionnalité des limitations de la liberté d'expression, les *objectifs de valeur constitutionnelle* n'ont pour seule limite l'imagination du juge constitutionnel français²⁰³.

Les juges canadiens, à travers le critère de l'objectif légitime consacré par la jurisprudence *Oakes*, comme le Conseil constitutionnel français, ne se limitent donc pas à considérer la garantie des droits et libertés d'autrui pour justifier une limite à la liberté d'expression. Ils fondent leur contrôle de constitutionnalité sur des principes qu'ils ont eux-mêmes dégagés et dont la liste et le contenu peuvent être élargis au gré de leurs décisions.

2. La délimitation matérielle des motifs justifiant l'interdiction d'exprimer certains contenus

La protection des droits d'autrui, la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime ainsi que la protection de la santé ou de la morale sont autant de motifs pouvant justifier une limitation de la liberté d'expression en vertu de l'article 10-2 de la *Convention européenne*²⁰⁴. Ces

²⁰³ Ainsi, on ne compte pas moins de 14 objectifs à valeur constitutionnelle parmi lesquels l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, l'égal accès des femmes et des hommes au mandat électoral et aux fonctions électives, l'indépendance des médias et la bonne administration de la justice.

²⁰⁴ Article 10-2 de la *Convention européenne* :

« L'exercice de ces liberté comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

motifs sont si nombreux qu'ils octroient par la même une large compétence de limitation aux États parties en matière de liberté d'expression²⁰⁵.

Au sein de l'ordre juridique français, toutes ces justifications de limitation de la liberté d'expression semblent trouver un fondement constitutionnel dans la notion d'ordre public à laquelle fait référence l'article 10 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789²⁰⁶. En effet, cette disposition, qui consacre la liberté d'opinion, prévoit que « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuse pourvu que leur manifestation ne trouble par l'ordre public établi par la loi* ».

Cependant, en droit français, la notion d'« ordre public » n'est pas clairement définie ce qui entraîne une difficulté de délimitation de la compétence de limiter la liberté d'opinion et son corollaire, la liberté d'expression. On peut noter une volonté plus ou moins explicite de ne pas vouloir définir avec précision le contenu de cette notion²⁰⁷.

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la limitation des droits et libertés du fait de l'ordre public est d'abord entendue en tant qu'*objectif de valeur constitutionnelle*²⁰⁸. La sauvegarde de l'ordre public en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle constitue un impératif lié à la vie en société qui s'impose au législateur. À travers cette catégorie juridique, le Conseil constitutionnel se réfère à une

²⁰⁵ Voir : Voorhoof Dirk, *Analyse critique de la portée et de l'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., aux p. 17-21.

²⁰⁶ Pierre Mazeaud, « Libertés et ordre public » (2003) ; disponible sur le site du Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1353/pdf>

²⁰⁷ Ibid. :

« Le conseil constitutionnel n'a jamais défini ce qu'il entendait par ordre public (...) mais, à la lecture de ces décisions, il est facile de comprendre ce à quoi il fait référence, Il s'agit en fait d'une notion que tout le monde comprend sans qu'il soit besoin de lui donner une définition précise ! ».

²⁰⁸ Cons. const., 27 juillet 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, au cons. 5. Voir : Pierre Mazeaud, « Libertés et ordre public », ibid. ; Pauline Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2014, à la p. 29 ; Pierre de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle* » collection : Thèmes & commentaires Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, Paris Dalloz, 2006 ; Bertrand Faure « Les objectifs de valeur constitutionnelle, une nouvelle catégorie juridique ? » (1995) 21 RFDC 48-77 ; Anne Levade, « L'objectif à valeur constitutionnelle 20 ans après. Réflexion sur une catégorie juridique introuvable » dans *L'esprit des institutions. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, aux p. 687-701 ; François Luchaire « Brève remarques sur une création du Conseil constitutionnel » (2005) RFDC 675-684.

notion élargie de l'ordre public²⁰⁹. Ainsi, dans sa décision du 13 mars 2003 concernant l'interdiction au cours d'une manifestation d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore, le Conseil constitutionnel trouve une justification d'une telle prohibition d'exprimer un contenu par le législateur dans les « exigences de l'ordre public »²¹⁰. Le juge constitutionnel s'est ici détaché de la définition matérielle de l'ordre public retenue en droit administratif qui se réfère au « bon ordre, la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique »²¹¹ en admettant que l'expression même de certaines idées, en dehors de leurs conséquences matérielles, peuvent altérer l'ordre public. Il s'agit donc davantage d'une acception immatérielle confirmée par la décision du 7 octobre 2010 relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel s'est explicitement écarté d'une définition matérielle de l'ordre public en y incluant « les exigences minimales de la vie en société »²¹² déterminées par le législateur.

En droit espagnol, le délit d'outrage à l'Espagne est également pénalement sanctionné par l'article 543 du *Code pénal espagnol*.

Dans la décision STC 107/ 1988, le Tribunal constitutionnel a écarté la possibilité d'étendre la protection du droit à l'honneur aux institutions publique. De cette manière, la protection du droit à l'honneur consacrée à l'article 20-4 de la *Constitution espagnole* en tant que limite constitutionnelle à la liberté d'expression semble être restreinte à une dimension personnelle et individuelle. Ainsi, concernant les institutions publiques, les juges du Tribunal constitutionnel préféreront parler d'atteinte au prestige ou encore à leur autorité morale. Or, ces éléments ne figurent pas parmi les motifs figurant à l'article 20-4 de la Constitution justifiant les limitations de la liberté d'expression.

²⁰⁹ Pauline Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, *ibid.*, aux p. 14-15.

²¹⁰ Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, au cons. 103.

²¹¹ Article L. 2212-2 du *Code général des collectivités territoriales*.

²¹² Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, aux considérants 4-5.

De cette façon, afin que le législateur puisse interdire l'offense publique à « l'Espagne et à ses Communautés autonomes à leurs symboles ou emblèmes », il est requis qu'une telle limitation vise à protéger l'un des droits énoncés à l'article 20-4 de la *Constitution espagnole*. À l'instar du délit d'offense du sentiment religieux sanctionné par l'article 525 du *Code pénal espagnol*, le délit d'outrage de l'article 543 du même code semble se rattacher à la protection du droit à l'honneur de celui qui s'identifie aux symboles et emblèmes de l'Espagne et de ses Communautés autonomes²¹³. Cependant, s'il est possible de justifier le délit d'outrage à l'Espagne et à ses Communautés autonomes en incluant la protection du sentiment national et régional parmi les éléments constitutifs du droit à l'honneur, on peut se demander quelles sont les limites du contenu de ce droit. En effet, plus les contours du droit à l'honneur seront élargis, plus il sera aisé pour le législateur d'interdire l'expression d'opinion au nom de la protection de ce droit. Avec une interprétation extensive du droit à l'honneur, l'impossibilité de porter atteinte à l'honneur des institutions publiques n'est plus un obstacle à l'interdiction d'injure aux institutions publiques²¹⁴. En effet, la protection du sentiment national et régional en tant que constitutif du droit à l'honneur de celui qui se sent représenté par les institutions publiques peut alors justifier des interdictions de l'expression d'opinion tels que les délits d'injures aux *Cortes generales*, aux assemblées législatives des Communautés autonomes²¹⁵ et aux gouvernements locaux²¹⁶.

²¹³ Guillermo Benlloch Petit, « El derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad » (2001) Vol. LIV ADPCP 182.

²¹⁴ Voir : STC, 107/1988, 8 juin 1988, FJ2 et STC, 51/1989, 28 février 1989, FJ2.

²¹⁵ Article 494 du *Code pénal espagnol*.

²¹⁶ Article 505 du *Code pénal espagnol*.

Section 2. Le respect du principe de proportionnalité comme justification des limitations à la liberté d'expression

Pour contrôler si l'interdiction de l'expression d'une opinion est constitutionnellement conforme, les juges français, canadiens et espagnols procèdent à un contrôle de proportionnalité. Pourtant, cette exigence de proportionnalité ne trouve de fondement dans aucune disposition constitutionnelle mais plutôt dans l'approche interprétative dominante de la théorie constitutionnelle concernant le contrôle de conformité constitutionnelle des lois restreignant des droits constitutionnellement reconnus. Néanmoins, une telle approche semble entraîner une confusion entre contrôle de conformité d'une limitation de la liberté d'expression à un intérêt constitutionnellement protégé et contrôle de légitimité du choix du législateur à travers la considération de son intention de limiter la liberté d'expression. Il en résulte un risque de substitution du législateur par le juge (A).

Certaines interdictions de discours semblent néanmoins échapper à l'exigence de proportionnalité. C'est le cas des interdictions de discours antidémocratiques. À cet égard, comme a pu l'affirmer Hart, la « démocratie militante » doit en effet être ouverte à tout changement sauf celui consistant à abandonner la forme démocratique²¹⁷. Ainsi, la démocratie a le droit et le devoir de se défendre contre les doctrines et les opinions qui visent à la détruire. C'est en ce sens que des manifestations diffusant un message qui viserait à la destruction des droits et libertés reconnus notamment par la *Convention européenne* sont explicitement exclues des garanties de celle-ci, de sorte que ni l'ordre juridique français ni l'ordre juridique espagnol ne sont tenus de protéger l'expression d'un tel discours. En droit canadien, bien que la Cour suprême canadienne écarte pratiquement toute possibilité d'exclure une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression lorsque celle-ci transmet ou tente de transmettre une

²¹⁷ Herbert Lionel Adolphus Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press Oxford University Press, 1983, à la p. 177.

signification²¹⁸, l'article premier de la *Charte canadienne* consacre une large possibilité de justifier des limites à la liberté d'expression dès lors qu'elles sont raisonnables au sein d'une « société libre et démocratique ». Or, l'interdiction d'un discours antidémocratique est intrinsèquement raisonnable dans une société « libre et démocratique ». L'identification du caractère antidémocratique d'un discours suffit pour valider la conformité constitutionnelle de son interdiction. Il n'est pas besoin de démontrer la proportionnalité de l'interdiction d'un tel discours dans la mesure où, dans une société démocratique, les effets bénéfiques d'une telle prohibition seront toujours supérieurs au préjudice porté à l'exercice de la liberté d'expression (B).

A. À la recherche du fondement constitutionnel de l'exigence de proportionnalité des limitations à la liberté d'expression

1. Un fondement du principe de proportionnalité exclusivement jurisprudentiel

En vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, pour que des interdictions d'expression de contenus soient constitutionnellement conformes, celles-ci doivent être des « *limites raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique* ». Plus les restrictions à un droit sont importantes, plus les objectifs qu'elles visent doivent aussi l'être dans le cadre « d'une société libre et démocratique »²¹⁹. C'est en tout cas suivant une telle conception qu'a été interprété l'article premier de la *Charte canadienne*.

²¹⁸ *Irwin Toy c. Québec*, précit., à la p. 969 :

« Si l'activité transmet autant de transmettre une signification elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie ».

Toutefois, la Cour précise à la page suivante que si

« la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie. Toutefois il est parfaitement clair que, par exemple, l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi. »

²¹⁹ Luc B. Tremblay, Grégoire C. N. Webber, *La limitation des droits de la Charte: essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The limitation of Charter rights: critical essays on R. v. Oakes*, Montréal, Thémis, 2009, aux p. 2-3.

Au-delà de justifier l'interdiction d'une expression par une « préoccupation urgente et réelle dans une société libre démocratique »²²⁰, les juges canadiens contrôlent, en vertu de l'article premier, la proportionnalité d'une limitation d'un droit pour en apprécier la conformité constitutionnelle. Le contrôle de proportionnalité suppose l'application de trois critères cumulatifs. Il trouve sa source au sein du modèle juridique allemand²²¹. De cette façon, le raisonnement de la Cour suprême canadienne s'aligne sur l'approche interprétative majoritaire dans la théorie constitutionnelle concernant le contrôle de conformité constitutionnelle de lois restreignant des droits constitutionnellement reconnus²²².

Premièrement, l'atteinte au droit d'expression garanti doit contribuer rationnellement à la réalisation de l'objectif poursuivi. Ensuite, plus qu'un lien rationnel entre une restriction à la liberté d'expression et l'objectif visé, le juge contrôle si le moyen choisi pour atteindre ce dernier est de nature à porter une atteinte minimale à la liberté d'expression. Il est nécessaire que le moyen choisi figure parmi les moins attentatoires à la liberté d'expression. Enfin, il s'agit de vérifier la proportionnalité « au sens strict », c'est-à-dire que les effets préjudiciables sur l'exercice de la liberté d'expression de sa restriction n'excèdent pas le bénéfice de l'objectif visé²²³.

Ainsi, appelée à se prononcer sur l'interdiction d'un discours de haine public à l'encontre d'un groupe de personnes vulnérables²²⁴, la Cour suprême canadienne, après avoir identifié qu'une telle interdiction d'exprimer une opinion visait un objectif légitime - celui d'empêcher la fomentation de haine et de mépris à l'encontre de

²²⁰ *R. c. Oakes*, précit., à la p.139.

²²¹ *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3^e éd., 1924 (rééd. 1969), à la p. 223.

²²² Voir, par exemple : Dieter Grimm, « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007) 57 *U. Toronto L.J.* pp. 383-397.

²²³ Voir : *Ibid.* ; Grégoire C. N. Webber, « La disposition limitative de la Charte canadienne : une invitation à définir les droits et libertés aux contours indéterminés », dans Luc B. Tremblay, Grégoire C. N. Webber, *La limitation des droits de la Charte: essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The limitation of Charter rights: critical essays on R. v. Oakes*, op. cit., à la p. 81.

²²⁴ Tantôt à l'encontre des juifs (voir *R. c. Keegstra* [1990] 3 R.C.S 697 et *Canada (C.D.P) c. Taylor* [1990] 3 R.C.S 892 ; tantôt à l'égard des homosexuels (voir *Saskatchewan (H.R.C.) c. Whatcott* [2013] 1 R.C.S. 467). .

groupes identifiables -²²⁵, contrôle si les moyens utilisés - autrement dit la norme législative en cause - sont, à l'aune des trois critères exposés, proportionnels.

Par conséquent, face à une mesure prohibant l'expression d'un discours du fait de son caractère haineux et discriminatoire, la Cour suprême vérifiera si la norme peut rationnellement empêcher la fomentation d'une haine à l'encontre de groupes vulnérables. S'il est toujours probable qu'une interdiction de discours empêche la production de ses effets, il n'est pas aussi certain qu'une norme de prohibition remplisse le critère de la nécessité. En effet, en deuxième lieu, les juges canadiens tenteront de savoir si une telle interdiction est nécessaire pour empêcher la fomentation d'une haine à l'encontre d'un groupe identifiable. Pour finir, la portée de l'interdiction d'exprimer un contenu, prévue par la norme en cause sur l'exercice de la liberté d'expression, ne devra pas être trop excessive. Une disproportion pourrait annihiler tout exercice de la liberté d'expression.

C'est le même principe de proportionnalité qui a été transposé dans le système juridique espagnol²²⁶. Celui-ci a été consacré en tant que principe général du droit par le Tribunal constitutionnel espagnol dans sa décision 62/1982²²⁷. Par la suite, le statut juridique de ce principe a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux dans le cadre desquels il a été qualifié tantôt de critère d'interprétation²²⁸, tantôt de « limites aux limites »²²⁹.

²²⁵ R. c. Keegstra, *ibid.*, à la p. 758 ; Canada (C.D.P) c. Taylor, *ibid.*, à la p. 958 ; Saskatchewan (H.R.C.) c. Whatcott, *ibid.* aux p. 505-508).

²²⁶ Voir : Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales : el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, 4^e éd., Madrid : Centro de estudios políticos y constitucionales, Bogota : Universidad externado de Colombia, 2014 ; Javier Barnes « Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario » (1994) 135 Revista de administración pública 495 et s. ; Manuel Medina Guerrero, « El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales » (1998) 5 Cuadernos de derecho público 121 et s.

²²⁷ STC, 62/1982, 15 octobre 1982, FJ5.

²²⁸ Dans sa décision de principe STC, 55/1996, 28 mars 1996.

²²⁹ Voit par exemple : STC, 144/2002, 15 juillet 2002, FJ3 ; STC, 154/2002, 18 juillet 2002, FJ8 ; STC, 341/1993, 18 novembre 1993 ; STC, 157/1997, 29 septembre 1997.

Dans le cas français, depuis la décision *Hadopi* du 10 juin 2009²³⁰, la doctrine s'accorde à reconnaître que le Conseil constitutionnel applique le triple test de proportionnalité au moment de contrôler la conformité constitutionnelle de limitations législatives de la liberté d'expression²³¹. En effet, dans la décision 2009-580 DC, le juge constitutionnel français a explicitement conditionné la conformité d'une restriction à la liberté d'expression à ce triple test²³². L'importance de la liberté d'expression a conduit le Conseil constitutionnel à exiger que les atteintes portées à l'exercice de celle-ci soient « *nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »²³³.

Le principe de proportionnalité est donc présent au sein des trois ordres juridiques étudiés. Il apparaît comme une méthodologie sur laquelle repose le raisonnement des juges français, canadiens et espagnols pour contrôler la conformité d'une limitation de la liberté d'expression. Cependant, aucun de ces trois systèmes constitutionnels n'exige explicitement un critère de proportionnalité pour qu'une limitation de la liberté d'expression soit constitutionnellement conforme.

2. Le risque de substitution du législateur par le juge quant aux moyens de limitation à la liberté d'expression

L'article premier de la *Charte canadienne* consacre notamment une exigence de « raisonabilité ». Les exigences de raisonabilité et de justification qui ont été

²³⁰ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, au cons. 15.

²³¹ Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., à la p. 310.

²³² Guy Carcassonne, « Les interdits et la liberté d'expression » (2012) 36 *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 62 ; Xavier Bioy, Laurence Burgorgue-Larsen, Pascale Deumier, *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, collection « Grands arrêts », 2017, à la p. 617.

²³³ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* au cons. 15. Cette formule a été reprise dans plusieurs autres décisions, notamment : Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC, *Union des familles en Europe [Associations familiales]* au cons. 6 ; Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, *Mme Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans]* au cons. 3 ; Cons. const., 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC, *M. Philippe B. [Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision]* au cons. 3.

imposées par les constituants canadiens de 1982 quant à la limitation de la liberté d'expression s'inscrivent dans une logique de rejet de l'arbitraire. Ainsi, au regard de l'article premier de la *Charte canadienne*, une limitation de la liberté d'expression, telle une interdiction d'exprimer un certain contenu, est constitutionnellement conforme lorsqu'elle peut être rationnellement justifiée. Ce raisonnement renvoie à la première étape du contrôle de rationalité prévu dans le triple test de proportionnalité. Lors de ce contrôle, le juge s'assure qu'il existe des raisons justifiant le choix du législateur.

Cependant, lorsque la première étape du contrôle de rationalité se transforme en un contrôle de l'adéquation, l'application du triple test de proportionnalité peut se transformer en un contrôle de légitimité des choix du législateur. Autrement dit, le juge peut ne pas se limiter à déterminer si celui-ci avait une raison d'agir comme il l'a fait mais s'il a agi de la « bonne manière ».

Par exemple, concernant l'interdiction des discours de haine en public, les juges canadiens se demandent non seulement si une telle prohibition permet en pratique d'éliminer ou de réduire effectivement « la propagande haineuse et des maux qui en résultent dans la société canadienne »²³⁴, mais également si l'intention du législateur allait dans ce sens²³⁵. Or, comme le rappelle très justement Thomas Hochmann, la seule intention du législateur identifiable est celle d'édicter un énoncé normatif²³⁶. D'autre part, ni l'intention ou les motivations qui animent l'auteur de la norme, si tant est qu'elles soient accessibles, ni l'efficacité de l'interdiction de tels discours sur la réduction de la fomentation d'une haine à l'égard de groupes identifiables ne sont *a priori* pertinentes pour une analyse de nature juridique.

La référence à l'intention du législateur va de pair avec le contrôle de proportionnalité en tant que contrôle de conformité qui s'est développé à travers l'idée de l'adéquation des moyens au but²³⁷. Il découle de cette conception que l'examen de

²³⁴ *Canada (C.D.P) c. Taylor* [1990] 3 R.C.S. à la p. 924.

²³⁵ *R. c. Keegstra*, précit., à la p. 851 ; *Canada (C.D.P) c. Taylor*, *ibid.*, à la p. 924.

²³⁶ Thomas Hochmann, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression : étude de droit comparé*, *op. cit.*, à la p. 477.

²³⁷ *Ibid.*, à la p. 476.

la proportionnalité nécessite de connaître l'objectif du législateur²³⁸, pour ensuite apprécier le caractère convenable des moyens pour l'atteindre. Or, le juge constitutionnel ne devrait pas intervenir dans les choix opérés par le législateur qui sont exclusivement de nature politique²³⁹. Un tel contrôle de l'adéquation des moyens employés par le législateur pour atteindre un objectif qu'il a déterminé est susceptible de réduire à néant le pouvoir discrétionnaire de ce dernier dès lors que le juge peut alors s'immiscer dans sa liberté d'appréciation.

On ne trouve une application aussi détaillée et minutieuse du triple test de proportionnalité ni parmi les décisions du Tribunal constitutionnel espagnol ni parmi celles du Conseil constitutionnel français.

Le juge constitutionnel français affirme quasi systématiquement que la liberté d'expression peut faire l'objet de limitations, à la condition qu'elles soient « nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »²⁴⁰. Cependant, souligner la pertinence d'une méthode de contrôle ne revient pas à l'appliquer²⁴¹. Dans la décision du 28 février 2012, le juge constitutionnel français ne se fonde effectivement pas sur le triple test de proportionnalité pour déclarer l'inconstitutionnalité de l'interdiction de nier le génocide arménien²⁴².

D'autre part, le motif sur lequel repose la décision d'inconstitutionnalité est contradictoire dès lors que le Conseil constitutionnel sanctionne l'absence de portée normative de la loi. Or, tel n'était pas le cas dans cette décision dès lors que la disposition en cause pénalisait la contestation de l'existence d'un génocide en restreignant l'exercice de la liberté d'expression. Autrement dit, la loi avait bien une portée normative. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a estimé que la loi en

²³⁸ Ibid., à la p. 477.

²³⁹ Louis Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982 », (1983) 1 RDP 333.

²⁴⁰ Voir, par exemple : Cons. const., 28 février 2012, n° 2012-647 DC, *Loi visant à réprimer la contestation des génocides reconnus par la loi*, au cons. 5.

²⁴¹ Thomas Hochmann, « La question mémorielle de constitutionnalité (à propos de la décision du 28 février 2012 du Conseil Constitutionnel » (2012) 4 *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 141.

²⁴² Thomas Hochmann, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression : étude de droit comparé*, op. cit., à la p. 141.

question portait atteinte à la liberté constitutionnelle d'expression parce que le législateur se fonde sur la reconnaissance de génocides, un acte qui lui serait interdit²⁴³.

Pourtant, le maintien du délit d'opinion au sein de l'ordre juridique français, confirmé par la reconnaissance de la conformité constitutionnelle du délit de négationnisme de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881²⁴⁴, s'accorde mal avec cette censure du Conseil constitutionnel. En effet, c'est oublier que le législateur français peut de toute façon incriminer un discours indépendamment de ses conséquences. Ce qui n'est pas le cas dans le système juridique espagnol.

Si le juge constitutionnel espagnol applique le triple test de proportionnalité, il le fait de manière restreinte dès lors que son pouvoir de contrôler la conformité des limitations de la liberté d'expression est strictement encadré par la *Constitution espagnole*, spécialement par l'article 53. D'une part, si le juge constitutionnel espagnol apprécie l'objectif du législateur, il le fait seulement pour vérifier que cet objectif peut être rattaché à la protection d'un intérêt constitutionnellement et explicitement protégé²⁴⁵. D'autre part, le contrôle de proportionnalité des moyens choisis par le législateur pour atteindre l'objectif déterminé se fait à l'aune du respect du contenu essentiel qui délimite la compétence du législateur.

B. L'exclusion de l'application du contrôle de proportionnalité aux interdictions de discours antidémocratiques

1. L'exclusion des garanties de la liberté d'expression aux discours antidémocratiques

Dans l'arrêt de principe *Irwin Toy*²⁴⁶, la Cour suprême canadienne s'est demandé dans quelle mesure l'expression commerciale entrait dans le champ de l'alinéa 2 b) de la *Charte*. À cette occasion, la Cour a écarté pratiquement toute possibilité d'exclure une activité humaine du champ de garantie de la liberté

²⁴³ Thomas Hochmann, « La question mémorielle de constitutionnalité (à propos de la décision du 28 février 2012 du Conseil Constitutionnel » (2012) 4 *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 141.

²⁴⁴ Cons. const, 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC, *Vincent R.*

²⁴⁵ Voir, par exemple : STC, 292/2000, 30 novembre 2000, FJ11.

²⁴⁶ *Irwin Toy Ltd. c. Québec*, précit.

d'expression lorsque celle-ci transmet ou tente de transmettre une signification²⁴⁷. Une telle interprétation de l'alinéa 2 b) vient confirmer la reconnaissance de la liberté d'expression en droit constitutionnel canadien²⁴⁸. Par ailleurs, dans l'arrêt *Keegstra*²⁴⁹, les juges de la Cour suprême ont déclaré que la promotion de la haine contre les juifs ou contre tout autre groupe est protégée par l'alinéa 2 b)²⁵⁰. En effet, si l'alinéa 2 b) vise toutes les activités humaines susceptibles de transmettre une signification, force est de constater que l'expression d'un discours antidémocratique est aussi *a priori* susceptible d'être constitutionnellement protégée. Avec un tel raisonnement, le message transmis par des manifestants ne pourrait être visé par une interdiction. Un rapprochement peut ici être fait avec l'arrêt *Handyside* de la CEDH qui consacre le principe selon lequel la liberté d'expression, dans une société démocratique, « *vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population* »²⁵¹. Toutefois, une telle jurisprudence oublie l'article 17 de la *Convention européenne*.

En effet, en vertu de celui-ci, certaines expressions, tels que les discours antidémocratiques et haineux, ne bénéficient pas de la protection de l'article 10 de la *Convention* dès lors que « *nul ne doit être autorisé à se prévaloir d'une disposition de la Convention afin d'affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société*

²⁴⁷ Ibid. à la p. 969 :

« Si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie ».

²⁴⁸ Sur l'étendue du champ de protection de l'article 2 b), voir: Chanayaka Sethi, « Beyond Irwin Toy: a new approach to freedom of expression under the Charter », (2012) 17 Appeal 21-22.

²⁴⁹ R. c. *Keegstra*, précit.

²⁵⁰ Ibid., à la p. 828.

²⁵¹ *Handyside c. Royaume Uni*, précit., au para 49.

démocratique »²⁵². Le droit à la liberté d'expression figure parmi les droits susceptibles d'abus de droit²⁵³.

On peut alors se demander, au regard de l'article 17 de la *Convention européenne*, dans quelle mesure un discours peut viser la destruction ou l'affaiblissement des droits et libertés reconnus de sorte qu'il soit exclu des garanties de la liberté d'expression. L'article 17 est une norme assez libérale et inclut des discours antidémocratiques de nature différente²⁵⁴, parmi lesquels figurent ceux en lien avec l'expérience historique propre à chaque État. Ainsi, le négationnisme entre dans le discours antidémocratique exclu de la protection de l'article 10-2 de la *Convention européenne*. Dans l'arrêt *Garaudy c. France*²⁵⁵, la Cour de Strasbourg a exclu la protection de l'article 10-2 aux propos qui conteste la réalité d'un crime contre l'humanité²⁵⁶. De plus, dans l'arrêt *Lehideux et Isorni c. France*²⁵⁷, la Cour a jugé qu'en vertu de l'article 17 de la *Convention européenne*, aucune disposition de cette dernière

« ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à la Convention »²⁵⁸.

²⁵² Voir également : Gérard Cohen Jonathan, « Abus de droit et libertés fondamentales » dans *Mélanges Dubouis*, Dalloz, 2002, à la p. 517 ; Florence Massias, « La liberté d'expression et le discours raciste ou révisionniste » (1993) RTDH 191 ; Michel Levinet, « L'incertaine détermination des limites de la liberté d'expression. Réflexions sur les arrêt de la Cour de Strasbourg en 1995-1996 à propos de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme » (1997) 5 RFDA 1003.

²⁵³ Alphonse Spielmann, « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'abus de droit » dans *Mélanges en l'honneur de Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, aux p. 682-684.

²⁵⁴ Voir : Jean François Flauss, « L'histoire dans la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'Homme » (2006) RTDH 7 ; Hochmann Thomas, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression : étude de droit comparé*, op. cit., à la p. 284.

²⁵⁵ *Garaudy c. France*, 24 juin 2003, CEDH, n° 65831/01.

²⁵⁶ Toutefois, en dehors des cas de négation de l'Holocauste, la Cour européenne semble restreindre sérieusement l'utilisation de l'article 17 pour exclure les discours négationnistes des garanties de la liberté d'expression. À cet égard, la Cour européenne rejoint la jurisprudence canadienne concernant la recherche de la vérité en estimant que celle-ci fait éminemment partie de la liberté d'expression et qu'à ce titre, il ne peut lui revenir le rôle d'arbitre concernant des questions historiques de fond. L'exclusion d'une telle ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression a été exclue dans *Chauvy et autres c. France*, 29 juin 2004, CEDH, n° 64915/01, au para. 69 et *Monnat c. Suisse*, 21 septembre 2006, CEDH, n° 73604/01, au para 57.

²⁵⁷ *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, CEDH, n° 24662/94.

²⁵⁸ *Ibid.*, considérant 35.

En matière de liberté d'expression, l'article 17 a été appliqué à l'égard de propos appelant à la discrimination d'un groupe de population, favorables à une organisation totalitaire²⁵⁹ ou méprisants envers les victimes d'une organisation totalitaire²⁶⁰.

Il y aurait donc des manifestations qui ne seraient pas protégées par la *Convention européenne* du fait d'un message qui viserait la destruction des droits et libertés reconnus par celle-ci. Autrement dit, ni l'ordre juridique français ni l'ordre juridique espagnol ne sont tenus de protéger l'expression de tel discours en vertu des obligations conventionnelles de la France et de l'Espagne.

Conformément à l'article 10.2²⁶¹ de la *Constitution espagnole*, le Tribunal constitutionnel est effectivement lié par les décisions de la Cour de Strasbourg lorsqu'il s'agit d'interpréter le contenu de la liberté d'expression. Ainsi, le juge constitutionnel espagnol pourra se fonder sur l'application de l'article 17 de la *Convention européenne* par les juges de la Cour européenne pour justifier l'exclusion de certains discours de la garantie de la liberté d'expression sans qu'il n'ait besoin de recourir au contrôle de proportionnalité.

Les juridictions françaises ne sont quant à elles pas liées par l'interprétation de la CEDH s'agissant des discours protégés par l'article 10 de la *Convention européenne* et ceux exclus d'une telle protection par application de l'article 17 de cette dernière. En revanche, en vertu de l'article 55 de la *Constitution française*, la liberté d'expression consacrée à l'article 10 de la *Convention européenne* bénéficie d'une autorité supérieure à celle des lois²⁶². À ce titre, le droit de la *Convention* est directement applicable par les juges ordinaires français. En conséquence, face à des discours visant la destruction ou l'affaiblissement des droits et libertés reconnus par la *Convention*, les

²⁵⁹ *Refah Partisi (parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 13 février 2003, CEDH, n° 41340/98 41340/96, au para 98.

²⁶⁰ *Vajnai c. Hongrie*, 8 juillet 2008, CEDH, n° 33629/06, au para 25.

²⁶¹ Article 10-2 de la *Constitution espagnole* :

« Une interprétation des normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne ».

²⁶² Voir *Décret n° 74-360* du 3 mai 1974, JORF du 4 mai 1974, à la p. 4750.

juges français peuvent écarter les garanties de la liberté d'expression de son article 10, sans même avoir besoin de démontrer la « nécessité dans une société démocratique ». Par exemple, dans l'affaire des caricatures de Mahomet, le tribunal correctionnel de Paris a ni plus ni moins repris la formule de la Cour européenne dans le célèbre arrêt *Handyside* concrétisant les limites à la liberté d'expression à travers un contrôle de proportionnalité²⁶³.

Une telle exclusion de certains contenus des garanties de la liberté d'expression en application de l'article 17 de la *Convention européenne* par les juges français et espagnol se distingue significativement de la jurisprudence canadienne qui écarte explicitement toute possibilité d'exclure une opinion du champ de protection de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*

Face à un discours liberticide et antidémocratique, le juge canadien semble ainsi s'aligner sur le raisonnement de la Cour suprême américaine en exigeant la présence d'un danger clair et imminent ou d'un préjudice subi par autrui²⁶⁴ pour interdire l'expression d'un contenu. De cette façon, une manifestation qui a pour objet l'expression d'un discours raciste²⁶⁵ est susceptible d'entrer dans le champ de garantie de la liberté d'expression. Or, la *Charte canadienne*, à l'inverse de la Constitution américaine dans son premier amendement, ne prévoit pas une interdiction pour le législateur de restreindre la liberté d'expression. Au contraire, on l'a vu, son article premier consacre une clause étendue de limitation de la liberté d'expression pouvant

²⁶³ TGI Paris, 17^e chambre, 22 mars 2007, *Société des Habous et des lieux saint de l'Islam c/ Val.*, n° 0621308076. Voir : Emmanuel Derieux, « L'affaire des caricatures de Mahomet : liberté de caricature et respect des croyances » (2007) JCP G II 10079 ; (2007) 42 *Légipress* 242 123 note Leclerc.

²⁶⁴ Laurent Pech, « Fondement du droit de la presse et des média », op. cit., à la p. 99 et Pech Laurent « Conflit entre diverses conceptions de la liberté d'expression sur internet. Vers l'imposition d'une *lex americana* en matière de lutte contre le discours raciste ? » (2002) 188 - II *Legipresse* 5.

²⁶⁵ Voir, par exemple : *Collin v. Smith*, 1978, 578 F.2d 1197 (7th Cir.). Dans cette affaire emblématique, la ville de Skokie avait pris des mesures d'interdiction d'une manifestation néo-nazie dans un quartier habité par des personnes ayant survécu aux camps de concentration, prévoyant le port d'uniformes nazis et de croix gammées par les manifestants. Ces mesures ont été jugées inconstitutionnelles par la Cour d'appel fédérale. La Cour suprême refusa de connaître le recours dirigé contre cette décision.

justifier l'interdiction d'un discours antidémocratique susceptible d'être intrinsèquement raisonnable dans une société « libre et démocratique ».

2. Le contrôle superflu de la proportionnalité des interdictions de discours antidémocratiques

La justification d'une interdiction d'exprimer un certain discours à l'aune d'une clause limitative telle que celle posée à l'article premier de la *Charte canadienne* ou à l'article 10-2 de la *Convention européenne* se distingue d'une justification au regard d'une clause d'interdiction d'abus de droit que l'on retrouve à l'article 17 de la *Convention*. Pourtant, dans les deux cas, le contrôle de proportionnalité d'un discours antidémocratique est superflu.

En vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, l'interdiction d'un discours est constitutionnellement admise seulement si elle constitue une limite raisonnable dont la justification peut être démontrée dans une société démocratique. Selon cette disposition, ce qui est censuré par le juge est donc une estimation déraisonnable du législateur. Une limite à la liberté d'expression est raisonnable lorsqu'elle entretient un lien rationnel avec un préjudice à éviter. Le juge ne censurera une loi que si elle est complètement inadaptée au but poursuivi. Bien qu'il soit impossible d'assurer que l'interdiction d'un discours entraîne l'éradication de ses effets, le juge canadien admet un simple lien rationnel. En effet, selon sa jurisprudence, il semble qu'une simple appréhension raisonnée du préjudice suffise.

Dans l'arrêt *Butler*, la Cour suprême canadienne s'est contentée d'une « appréhension raisonnée du préjudice »²⁶⁶ en se fondant sur une supposition rationnelle²⁶⁷. Ainsi, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien rationnel entre l'interdiction de la propagande haineuse et la diminution d'effets préjudiciables sur la société démocratique en général et sur les membres de groupes identifiables en

²⁶⁶ *R. c. Butler*, précit., à la p. 504.

²⁶⁷ Voir, par exemple, *ibid.*, à la p. 502 :

« Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance ».

particulier. L'identification du caractère discriminatoire d'un discours suffit pour qualifier son interdiction de limite raisonnable dans le cadre d'une société démocratique. Par ailleurs, il est raisonnable de croire que dans une société démocratique, les effets bénéfiques de l'interdiction d'un tel discours seront toujours supérieurs au préjudice porté à l'exercice de la liberté d'expression.

Dans l'arrêt *Keegstra*²⁶⁸, lorsque le juge a dû contrôler la conformité constitutionnelle de l'article 319²⁶⁹ prohibant le discours de haine, il a écarté le fait de savoir si une telle interdiction était *le* moyen le moins attentatoire à la liberté d'expression²⁷⁰. Ainsi, face à un discours promouvant la haine à l'encontre d'un groupe identifiable, le législateur n'est pas tenu d'intervenir de la manière qui porte le moins atteinte à la liberté d'expression comme cela est prévu par le critère de la nécessité du triple test de proportionnalité mais dispose d'une marge d'appréciation. Autrement dit, pour interdire un tel discours, il n'est pas besoin de démontrer sa nécessité.

En droit de la *Convention*, un discours en contradiction avec les principes d'une société démocratique est susceptible d'être automatiquement exclu du champ de protection de l'article 10 de la *Convention* en vertu de l'article 17 du même texte qui prévoit qu' :

« aucune des dispositions de la présente Convention être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu. Un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ».

²⁶⁸ *R. c. Keegstra*, précit.

²⁶⁹ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. art 319

(1) Quiconque, par la communication de déclarations en un endroit public, incite à la haine contre un groupe identifiable, lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix, est coupable

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans ;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire

²⁷⁰ *Ibid.*, aux p. 784-785. En particulier, la majorité de la Cour précise :

Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi, qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier.

Pourtant, on relève une confusion lorsque les juges s'efforcent malgré tout de démontrer la nécessité d'une restriction dans une société démocratique. Par exemple, dans l'arrêt *Féret c. Belgique* du 16 juillet 2009 concernant la distribution de tracts d'un parti d'extrême droite ouvertement racistes et islamophobes,

« 52. La cour considère que les arguments avancés par le Gouvernement concernant l'article 17 de la Convention et en conséquence, l'applicabilité de l'article 10, sont étroitement liés à la substance des griefs énoncés par le requérant sur le terrain de l'article 10 et notamment à la question de la nécessité dans une société démocratique ».

Même lorsque la Cour de Strasbourg reconnaît qu'un discours sanctionné par un État partie est susceptible d'être incompatible avec les principes d'une société démocratique, elle préfère admettre l'application du paragraphe 2 de l'article 10 de la *Convention européenne* que celle de son article 17 même si elle reconnaît expressément un lien entre les deux²⁷¹. Pourtant, en vertu de l'article 17, dès lors que l'expression d'une opinion promeut l'affaiblissement ou la destruction de droits reconnus par la *Convention européenne*, comme c'est le cas pour les discours de haine, un État n'a pas besoin ni de prouver sa « nécessité dans une société démocratique » prévue à l'article 10-2 de ce texte²⁷² ni de contrôler la proportionnalité de la mesure interdisant le discours en réalisant un triple test²⁷³.

La confusion entre l'article 10-2 et l'article 17 de la *Convention européenne* rend l'application de ce dernier superflue²⁷⁴. On observait déjà une telle confusion dans l'arrêt *Marais c. France* du 24 juin 1996. Alors que la Commission avait soulevé l'application de l'article 17, elle déclara pourtant la requête mal fondée du fait du caractère nécessaire de l'ingérence dans une société démocratique au sens de l'article 10-2. Ici, l'article 17 est donc réduit à un « *simple élément à prendre en compte dans*

²⁷¹ *Féret c. Belgique*, 16 juillet 2009, CEDH, n° 15615/07, au para 54.

²⁷² Mario Oetheimer, « La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine » (2007) 67 RTDH 66.

²⁷³ Dans *Féret c. Belgique*, précit., au para 62, la Cour de Strasbourg a procédé à un tel contrôle.

²⁷⁴ Voir : Louis-Marie Le Rouzic, « Négationnisme, génocide et abus de droit » *Revue des droits et libertés fondamentales* (2014) 11; Alphonse Spielmann, « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'abus de droit », op. cit., à la p. 685.

l'exercice du contrôle de proportionnalité pesant sur les mesures restrictives décidées par l'État »²⁷⁵.

Au lieu d'écarter l'application des garanties de l'article 10 de la *Convention*, en vertu de son article 17, les juges européens se sont efforcés de contrôler si les interdictions de discours en droit français et espagnol étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique. Or, si une mesure interdisant un discours de haine est susceptible de toujours poursuivre l'un des nombreux motifs du second paragraphe de l'article 10, l'interdiction d'un discours de haine peut ne pas être « proportionné au but légitime poursuivi » selon les juges de la Cour européenne²⁷⁶. De cette façon, malgré le caractère antidémocratique de certaines expressions, leur interdiction par le droit national d'un État membre est susceptible d'être déclarée contraire aux garanties de la *Convention* par la Cour de Strasbourg du fait de l'absence d'un juste équilibre²⁷⁷.

Ainsi, en 2004, la conformité aux droits reconnus par la *Convention européenne* de la dissolution des partis politiques Herri Batasuna et Batasuna, en application de la *ley organica 6/2002*, a été remise en cause. Dans cette affaire, la CEDH a considéré que l'interdiction et la dissolution de partis politiques en lien avec une organisation terroriste (en l'espèce il s'agissait de ETA) était une « mesure nécessaire dans une société démocratique » « à la sûreté publique, la défense de l'ordre et la protection des

²⁷⁵ Patrick Washmann, « La liberté d'expression et négationnisme » (2001) 46 RTDH 594.

²⁷⁶ C'est à l'occasion des arrêts *Engel c. Pays Bas*, n° 5100/71 du 8 juin 1976, *Handyside c. Royaume Uni*, du 7 décembre 1976, n° 5493/72 et *Sunday time*, n° 6538/74 du 26 avril 1979 que le juge européen à l'instar du juge de la Cour suprême canadienne dans l'arrêt *Oakes* a posé l'exigence de proportionnalité pour contrôler la conformité de la limitation de l'exercice d'un droit. Voir : Mario Oetheimer, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe*, op. cit., à la p. 86 ; Gérard Cohen Jonathan, « Article 10 », op. cit., aux p. 393-406 ; Vincent Coussirat Coustère, « Article 11-2 » dans Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre Henri Imbert, *La convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, op. cit., à la p. 435 ; Sébastien Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, collection Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2001, à la p. 80.

²⁷⁷ Voir, par exemple, *Faber c. Hongrie*, 24 juillet 2012, CEDH, n° 40721/08, au para 41 :

« The proportionality principle demands that a balance be struck between the requirements of the purposes listed in Article 11-2 and those of the free expression of opinions by words, gesture or even silence by persons assembled on the streets or in the other public places ».

droits et libertés d'autrui »²⁷⁸. La Cour a conclu que la dissolution des partis politiques en cause en l'espèce visait un « besoin social impérieux » et « était proportionnée au but visé »²⁷⁹. Or, la *ley organica* 6/2002 sur laquelle se fondait la dissolution des partis politiques précisait, à l'article 9-2, qu'un parti politique était illégal dès lors que son activité portait atteinte aux principes démocratiques, en particulier lorsqu'il cherche directement à détériorer ou à détruire le régime des libertés ou à rendre impossible ou à éliminer le système démocratique²⁸⁰. Autrement dit, cette disposition concerne directement l'abus de droit visé par l'article 17 de la *Convention*. À cet égard, les juges de la Cour de Strasbourg semblent rejoindre la position du Tribunal constitutionnel espagnol²⁸¹ en considérant que les actes et les discours imputables aux partis politiques requérants étaient en contradiction avec la notion de « société démocratique »²⁸² et constituaient ainsi un « grand danger pour la démocratie espagnole »²⁸³. Autrement dit, les juges de la *Convention* ont procédé à un contrôle de proportionnalité superflu des mesures interdisant les activités des partis politiques *Herri Batasuna et Batasuna* mettant en danger la démocratie²⁸⁴.

Par conséquent, il appert que tant en droit canadien qu'en droit de la *Convention européenne* la liberté d'expression peut être limitée dans son exercice uniquement si la limitation apparaît la moins limitative possible et que les effets préjudiciables de celle-ci n'excèdent pas le bénéfice de l'objectif visé. Toutefois, cette proportionnalité est inhérente aux interdictions de discours antidémocratiques. Autrement dit, le bénéfice

²⁷⁸ *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, 30 juin 2009, CEDH, n° 25803/04 25817/04, au para 94.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Article 9-2 de la *Ley organica* 9/1983.

²⁸¹ Voir : STC, 48/2003, 12 mars 2003.

²⁸² *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, précit., au para 91.

²⁸³ Ibid., au para 93.

²⁸⁴ *Vona c. Hongrie*, 9 juillet 2013, CEDH, n° 35943/10, au para 70. En l'espèce, malgré le caractère éminemment anti-démocratique de l'organisation de marches semi militaires hostiles à la population Rom, pouvant justifier l'inapplication des garanties de la *Convention* à l'aune de l'article 17, la Cour a appréhendé la conventionnalité de la dissolution de l'association organisatrice dès lors que « les arguments avancés par les autorités nationales étaient pertinents et suffisants pour démontrer que la mesure litigieuse correspondait à un besoin social impérieux ».

d'interdire un discours antidémocratique excèdera toujours les effets préjudiciables de limiter la liberté d'expression dans une société démocratique.

CHAPITRE 2

LA DÉROGATION AU PRINCIPE D'INTERDICTION DE CENSURE PRÉVENTIVE DE L'EXPRESSION D'UNE OPINION EN MATIÈRE DE MANIFESTATION

La reconnaissance de la liberté d'expression va en principe de pair avec la disparition de tout contrôle préventif²⁸⁵. C'est en ce sens que l'article 11 de la *Déclaration de 1789*, après avoir reconnu que :

« La libre communication des pensées et des opinions [était] un des droits les plus précieux de l'Homme »,

précise :

« Tout Citoyen peut parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

On trouve dans ces dispositions les premiers jalons du régime répressif français propre à la liberté d'expression qui consiste à sanctionner *a posteriori* les infractions éventuellement commises en prévoyant la réparation des dommages possiblement causés. De son côté, la *common law* n'a jamais été favorable aux restrictions préalables à la liberté d'expression²⁸⁶ caractéristiques des régimes d'autorisation. On retrouve pareille réticence dans le système constitutionnel espagnol dès lors que l'article 20, alinéas 2 et 5, de la *Constitution* énonce à la fois une interdiction de censure préalable et l'intervention obligatoire d'un juge en cas d'interdiction de diffusion d'informations. Cette volonté du constituant espagnol de solennellement consacrer une telle prohibition

²⁸⁵ Jean Morange, « La protection constitutionnelle de la liberté d'expression » (1990) 2 RIDC 774.

²⁸⁶ Par exemple, voir : Alexander M. Bickel, *The Least dangerous branch*, 2^e éd, Yale University Press, 1986, aux p.135-136 ; Blackston, *Commentaries on the laws of England*, 4^e éd., 1770, Livre IV, aux p.151-152.

et la nécessité de l'intervention d'un juge correspondent au principe selon lequel seul un contrôle *a posteriori* et judiciaire serait suffisamment protecteur de la liberté d'expression²⁸⁷. Ainsi, la jouissance de la liberté d'expression sans contrôle préventif afin d'écartier toute tentative de censure administrative semble être le principe. Pourtant, en matière de manifestation, il subsiste - notamment en droit français et espagnol -, un régime dit « hybride » qui se situerait entre le régime répressif et le régime préventif : le régime de déclaration préalable. Dans le cadre de ce régime, les individus sont libres d'exercer leur liberté d'expression mais sous réserve d'une déclaration préalable auprès d'une autorité administrative en vue de permettre à cette dernière de contrôler l'usage qui sera fait de leur liberté. Dans un tel régime, l'exigence de déclaration préalable est destinée à informer les autorités compétentes de la tenue d'une manifestation ; une information qui conditionne la possibilité de la réaliser. En effet, l'utilisation de la voie publique et le respect des impératifs d'ordre public que cela implique entraîne une dérogation au régime répressif propre à la liberté d'expression lorsque son exercice se fait à travers une manifestation. En droit français et espagnol, cette dérogation prend la forme d'un régime de déclaration préalable qui se différencie du régime d'autorisation dans la mesure où il apparaît *a priori* plus libéral (Sous-chapitre 1).

En effet, un tel dispositif préventif ne devrait semble-t-il pas déboucher sur une possible interdiction d'exercer sa liberté d'expression. Néanmoins, le caractère « hybride » du régime de déclaration préalable est à nuancer dans la mesure où la procédure correspondante prévoit un pouvoir d'interdiction de manifester lorsque cette activité est susceptible de porter atteinte aux exigences d'ordre public. En ce sens, le régime de déclaration préalable semble être un régime préventif comme un autre, caractérisé par les mêmes risques de censure (Sous-chapitre 2).

²⁸⁷ Marie-Françoise Rigaux, « La licéité des restrictions et des interdictions préventives. Quelques réflexions » (1993) 13 RTDH, 57-67.

Sous-chapitre 1. La dérogation au régime répressif caractéristique de la liberté d'expression en matière de manifestation

Blackstone condamnait toute possibilité de régime préventif en matière de liberté d'expression (plus particulièrement s'agissant de la liberté de presse) estimant que seul un régime répressif pouvait être compatible avec un État de droit. Emerson, dans un article sur le sujet, rappelait quant à lui que :

« Le rôle du censeur est de censurer. [...] La longue histoire des restrictions préalables révèle invariablement que le jeu des forces personnelles et institutionnelles inhérentes au système abouti presque toujours à des suppressions stupides inutiles et extrêmes »²⁸⁸.

Selon cet auteur, la dynamique institutionnelle d'un régime d'autorisation préalable est en effet susceptible de produire de graves conséquences dans un État de droit, notamment une interdiction préalable et injustifiée de s'exprimer librement. C'est pourquoi, il demeure un principe d'incompatibilité entre le régime préventif impliquant un pouvoir de censure préalable et la notion de « société démocratique » telle qu'elle est aujourd'hui entendue (Section 1). Néanmoins, malgré une large reconnaissance du principe d'interdiction de censure préalable, il semble que celui-ci ne s'applique pas lorsque l'expression prend la forme d'une manifestation. En effet, il existe un pouvoir administratif dérogatoire permettant d'interdire préventivement la tenue d'une manifestation et *a fortiori* l'expression d'une opinion. C'est donc à travers la mise en place d'un régime dit « hybride » de déclaration préalable qu'il a été possible de contourner le principe d'interdiction de censure préalable. L'obligation de préservation de l'ordre public reposant sur les autorités administratives apparaît être au fondement du régime dérogatoire de déclaration préalable. De ce fait, l'obligation de déclarer préalablement l'intention de manifester et le pouvoir de l'administration qui en découle - interdire une manifestation de manière préventive - ne doit donc pas en principe poursuivre l'objectif de censurer l'expression d'une opinion mais seulement celui de

²⁸⁸ Thomas I. Emerson, « The Doctrine of Prior Restrain » (1955) 20 Law and Contemporary problems 659 ; cité par le juge Iacobucci dans *Little Sisters Book & Art Emporium c. Canada* [2000] 2 RCS 1120, à la p. 1242.

maintenir l'ordre public. Néanmoins, des doutes subsistent quant à cette finalité sachant que parmi les éléments à mentionner dans une déclaration préalable figure l'objet de la manifestation (Section 2).

Section 1. Le principe d'interdiction de régime d'autorisation préventive de l'exercice de la liberté d'expression

Un pouvoir exécutif qui peut, de manière arbitraire et à son bénéfice, réguler la liberté d'expression en contrôlant et réprimant *a priori* toute opinion opposée au régime en place est une configuration davantage caractéristique d'un régime autoritaire que d'un régime démocratique. C'est sans doute parce que l'Espagne est le seul État à avoir connu un régime autoritaire parmi les trois cas étudiés qu'il est le seul à explicitement consacrer, dans sa *Constitution de 1978*, un principe d'interdiction de tout régime d'autorisation préventive.

Les ordres juridiques français et canadien sont dépourvus d'une telle prohibition constitutionnelle. Dans ces derniers, le principe d'interdiction de mettre en place un régime d'autorisation a plutôt fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle. Les juges canadiens, sur le modèle américain, ont déduit cette interdiction de la théorie dite de la *neutralité substantielle* en vertu de laquelle les garanties de la liberté d'expression s'appliquent à tout contenu. Pour autant, le droit constitutionnel canadien n'exclut pas la possibilité de prévoir un régime d'autorisation préalable à la condition que celui-ci n'octroie pas un trop grand pouvoir discrétionnaire aux autorités, auquel cas un tel pouvoir d'interdire l'exercice de la liberté d'expression serait inconstitutionnel.

A. La reconnaissance du principe d'interdiction de régime d'autorisation de l'exercice de la liberté d'expression

1. La consécration constitutionnelle du principe d'interdiction d'autorisation à la liberté d'expression en droit espagnol

Durant le régime franquiste (1939-1976), « *le pouvoir exécutif pouvait de manière arbitraire et à son bénéfice, réguler l'exercice des libertés publiques* »²⁸⁹. C'est effectivement un régime d'autorisation préalable qui a été mis en place pendant cette période. Ainsi, l'exécutif pouvait contrôler et réprimer *a priori* toute opposition au régime. Les interdictions générales d'organiser des manifestations se fondaient sur l'incompatibilité de ces dernières avec l'ordre public tel qu'il était entendu par le régime franquiste. De cette façon, les manifestations étaient soumises à un pouvoir totalement discrétionnaire, au service de l'idéologie du pouvoir en place²⁹⁰, qui cherchait à réduire l'opposition politique au silence.

Depuis lors, le régime préventif, en ce qu'il suppose l'intervention d'autorités administratives, apparaît toujours suspicieux pour encadrer l'exercice d'une liberté fondamentale²⁹¹. C'est en ce sens que le principe d'interdiction de régime d'autorisation a été explicitement consacré par la *Constitution espagnole* de 1978. Précisément, cette prohibition de mise en place d'un régime d'autorisation préalable a été doublement et spécifiquement reconnue par le constituant espagnol de 1978 : d'une part, concernant l'exercice de la liberté d'expression, par l'article 20-2 ; d'autre part, s'agissant de l'exercice de la liberté de réunion, par l'article 21-1 de la *Constitution espagnole*. Cette interdiction de régime d'autorisation préalable a, en outre, été réaffirmée à l'article 3 de la *Loi organique* 9/1983 du 15 juillet 1983 relative à l'exercice de la liberté de réunion²⁹².

²⁸⁹ Gregorio Peces-Barba Martínez, *Sobre las libertades políticas en el Estado español. Expresión, reunión y manifestación*, Valencia, Fernando Torres editor, 1977, à la p. 87.

²⁹⁰ Ibid., à la p. 84.

²⁹¹ Patrick Gaïa (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd., Paris, Dalloz, 2018, aux p. 449-450.

²⁹² Article 3-1 de la *Ley organica* 9/1983 du 15 juillet 1983 relative à l'exercice de la liberté de réunion: « Ninguna reunión estará sometida al régimen de previa autorización » (« Aucune réunion ne sera soumise au régime d'autorisation préalable »).

Malgré cette large consécration du principe d'interdiction de censure préalable en matière de liberté d'expression et de réunion, il subsiste toutefois un pouvoir d'interdiction à travers une obligation de communication préalable de l'organisation d'une manifestation. Pour autant, cette obligation de communication préalable prévue à l'article 21-2 de la *Constitution espagnole* est à distinguer d'un pouvoir de censure préalable *stricto sensu*. Cette disposition précise, en effet, que les réunions ne sont pas soumises à un régime d'autorisation et que les réunions sur la voie publique doivent seulement faire l'objet d'une « communication préalable » auprès des autorités administratives. C'est en ce sens que le Tribunal constitutionnel espagnol, dans une décision de principe rendue en 1982, a estimé qu'« imposer un régime d'autorisation reviendrait à dénaturer le droit de réunion consacré par la Constitution »²⁹³. Suivant la même logique, Domingo Perez Castaño rappelle que la communication préalable d'une manifestation ne doit en aucun cas être assimilée à un dispositif d'autorisation préalable qui serait incompatible avec les dispositions constitutionnelles. Il s'agit seulement d'informer les autorités administratives de l'intention de tenir une réunion sur la voie publique afin que celles-ci puissent prévoir les mesures nécessaires à la protection de l'ordre public ainsi qu'aux droits et libertés des autres citoyens²⁹⁴. Le Tribunal constitutionnel espagnol a effectivement rappelé dans cette décision que c'est dans le but de préserver les valeurs d'une société démocratique que la *Constitution* a consenti le pouvoir aux autorités d'imposer aux citoyens le devoir de communiquer préalablement, dans un délai raisonnable, leur intention de se réunir sur la voie publique. Ce faisant, les autorités peuvent évaluer la portée de la manifestation et prendre les mesures de sécurité appropriées (comme prévoir des voies de circulation alternatives, modifier l'itinéraire de la manifestation...).

Autrement dit, pour qu'une obligation de déclaration préalable de manifestation ne soit pas contraire au principe d'interdiction d'autorisation préalable de l'exercice de

²⁹³ STC, 32/1982, 16 juin 1982.

²⁹⁴ Domingo Perez Castaño, *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Ministerio del Interior, 1997, à la p. 101.

la liberté d'expression et de réunion, les interdictions préventives de manifester éventuellement décidées doivent se limiter aux manifestations qui portent « *atteinte à l'ordre public et mettant en danger les personnes ou les biens* ». Seules des raisons extérieures au discours transmis par les manifestants peuvent constitutionnellement justifier une interdiction préventive de manifester. À cet égard, l'article 10 de la *Loi organique 9/1983* précitée réaffirme que les autorités administratives ne sont compétentes que pour interdire les manifestations qui présentent des risques au regard de l'ordre public²⁹⁵.

Lorsqu'il demeure des soupçons quant au fait qu'une mesure d'interdiction de manifester a été prise en se fondant sur le contenu du message qu'elle cherche à transmettre, il est possible de la contester en mettant en œuvre la procédure d'urgence instituée par l'article 11 de la *Loi organique* de 1983. Si la mesure vise effectivement à interdire l'expression d'un message particulier, le juge administratif devra invalider une telle prohibition préventive de manifester dénuée de fondement juridique.

Ainsi, en droit espagnol, la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'autorisation semble écartée, tant en vertu des garanties de la liberté d'expression consacrées à l'article 20²⁹⁶ qu'en vertu de la liberté de réunion reconnue à l'article 21 de la *Constitution espagnole*²⁹⁷. De plus, en aucun cas une interdiction préventive de manifester ne pourra être justifiée du fait du contenu exprimé. En effet, une telle justification serait sans fondement juridique et se heurterait à l'interdiction expresse de

²⁹⁵ Lucia Martínez Garay, Javier Mira Benavent, « Ambito de aplicación del artículo 129 del código penal y anulación de derechos fundamentales en procedimiento penales por integración en organización terrorista: El caso del derecho de reunión y manifestación » dans Juan Carlos Carbonell Ateu (coord.), José Luis Gonzalez Cussac (coord.), Enrique Orts Berenguer (coord.), Maria Luisa Cuerda Amau (coord.), *Constitucion, derechos fundamentales y sistema penal (Semanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Anton)*, Tomo II, Tirant lo Blanch, 2009, à la p. 1311.

²⁹⁶ Article 20-2 de la *Constitution espagnole* :

« L'exercice de ces droits ne peut être restreint par aucune forme de censure préalable ».

²⁹⁷ Article 21-1 de la *Constitution espagnole* :

« Le droit de réunion pacifique et sans armes est reconnu. L'exercice de ce droit n'exigera pas une autorisation préalable ».

Voir également et plus particulièrement l'article 3-1 de la *Ley organica 9/1983* du 15 juillet 1983 relative à l'exercice de la liberté de réunion qui réaffirme l'exclusion de toute possibilité de régime d'autorisation, précit.

censure préalable de l'exercice de la liberté d'expression et de réunion consacrée par la *Constitution espagnole*.

2. La consécration jurisprudentielle du principe d'interdiction du régime d'autorisation à la liberté d'expression en droit français

À la différence de l'exemple espagnol, le droit constitutionnel français ne consacre pas explicitement d'interdiction de régime d'autorisation préalable. En revanche, dans sa décision des 10-11 octobre 1984, le Conseil constitutionnel a censuré un régime d'autorisation préalable en estimant que la limitation de l'exercice de la liberté d'expression qu'il engendrait n'était pas conciliable avec le statut de liberté fondamentale de cette dernière²⁹⁸. Précisément, le juge constitutionnel a affirmé :

« Considérant que l'ensemble des dispositions produit des effets équivalents à ceux d'un régime d'autorisation préalable ; qu'elles sont de ce chef contraires à l'article 11 de la Déclaration de 1789 ; qu'à supposer même qu'elles aient pour objet de réprimer des "abus" du sens dudit article 11, cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative »²⁹⁹.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel a sanctionné le législateur pour avoir accordé à une autorité administrative des pouvoirs à l'encontre d'entreprises de presse qui comportent « *des effets équivalents à ceux d'un régime d'autorisation préalable* » inconciliables avec la qualité de liberté fondamentale accordée à la libre communication des opinions. Se fondant sur des justifications d'ordre technique et « inhérentes » à certaines formes de communication³⁰⁰, le juge constitutionnel avait pourtant précédemment accepté la mise en place par le législateur d'un régime d'autorisation de l'exercice de la liberté d'expression et de communication³⁰¹. En effet, la délivrance d'une autorisation en matière de liberté de communication audiovisuelle avait été constitutionnellement admise au motif qu'un tel régime répondait à l'impératif

²⁹⁸ Patrick Gaïa (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., à la p. 520.

²⁹⁹ Cons. const., 10-11 octobre 1981, n° 84-181, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, au considérant 81.

³⁰⁰ Cons. const., 27 juillet 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, au considérant 5.

³⁰¹ Cons. const., 10-11 octobre 1981, n° 84-181, précit.

de pluralisme des idées³⁰² érigé en objectif de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel. Néanmoins, « *la désignation d'une autorité indépendante administrative du gouvernement* » a été considérée comme essentielle « *pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication* », d'une part, et pour atténuer les effets liberticides d'un tel régime d'autorisation préalable, d'autre part³⁰³.

Ainsi, bien que le Conseil constitutionnel reconnaisse que la délivrance d'autorisations par une autorité administrative indépendante et non par le gouvernement « *constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique* » en vertu de l'article 11 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, le législateur peut se voir malgré tout sanctionné s'il prévoit des pouvoirs de censure trop étendus³⁰⁴.

Cette décision des 10 et 11 octobre 1984 du Conseil constitutionnel est venue confirmer sa célèbre décision du 16 juillet 1971 de sorte que l'interdiction d'autorisation préalable de l'exercice d'une liberté fondamentale est apparue comme « *le premier jalon d'une théorie générale des droits fondamentaux* »³⁰⁵.

En 1971, la question de savoir si un régime de déclaration préalable accordait un pouvoir de censure à l'autorité administrative s'est posée lorsque le préfet de police de Paris, sur instruction du ministre de l'intérieur Raymond Marcellin, avait refusé aux fondateurs de l'association « Les Amis de la cause du peuple » la délivrance du récépissé de la déclaration qu'ils avaient faite de leur association. Bien qu'en vertu de la loi du 1^{er} juillet 1901, les associations étaient soumises à un régime de déclaration préalable, cette décision administrative a été attaquée pour excès de pouvoir et annulée

³⁰² Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd., LGDJ, coll. « Domat droit public », 2016, à la p. 645.

³⁰³ Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 6^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis de droit public science politique », 2012, à la p. 257.

³⁰⁴ Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., à la p. 645.

³⁰⁵ Patrick Gaia (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., à la p. 520.

par le tribunal administratif de Paris³⁰⁶. En réponse à ce jugement, le gouvernement adopta un projet de loi qui soumettait certaines associations à un contrôle *a priori* par un juge à l'initiative du préfet³⁰⁷. Ce projet de loi a cependant été invalidé par le Conseil constitutionnel dès lors qu'une telle procédure de déclaration préalable correspondait en réalité à un véritable régime d'autorisation préventive administrative qui, selon le juge constitutionnel, était incompatible avec la liberté d'association dont il venait de consacrer la valeur constitutionnelle.

En effet, dès le second considérant de sa célèbre décision du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel déclara la disposition législative en question contraire à la *Constitution* étant donné que toute subordination de la validité d'une association à un contrôle préalable, quel qu'il soit, est contraire à la liberté d'association constitutionnellement protégée³⁰⁸. En effet, un tel contrôle *a priori* est inconstitutionnel en ce qu'il fait dépendre l'exercice de la liberté d'association à une décision administrative. De cette façon, les autorités administratives disposaient d'une arme susceptible d'entraîner des abus. L'établissement d'un tel régime d'autorisation préalable de l'exercice de la liberté d'association pouvait effectivement conduire à une interdiction de l'association en question sur la simple suspicion de l'autorité administrative quant à la conformité de cette association à l'idée qu'elle se faisait de l'ordre. Par le biais d'un contrôle préalable de la déclaration, « *le préfet pouvait*

³⁰⁶ Ibid., à la p. 448 ; AJDA 1971 229.

³⁰⁷ Ce projet de loi prévoyait qu'« *en cas de déclaration faite par une association apparaissant fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite contraire aux lois aux bonnes mœurs ou qui aurait but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, le préfet ou le sous-préfet avant de délivrer le récépissé, communique la déclaration [...] au procureur de la République du lieu où elle a été faite* » afin que ce dernier puisse ordonner la fermeture des locaux de l'association ou l'interdiction de toutes réunions des membres de celle-ci.

³⁰⁸ Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, au considérant 2 :

Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république et solennellement réaffirmés par le préambule de la constitution, il y a bien lieu de ranger le principe de la liberté d'association que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable qu'ainsi à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégorie particulière d'associations la constitution d'association alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire

s'opposer à la constitution d'une association qui générerait le pouvoir »³⁰⁹. Par l'intermédiaire de ce dernier, le gouvernement aurait ainsi été susceptible d'annihiler l'exercice de la liberté d'association³¹⁰.

En l'espèce, la procédure préalable contestée prévoyait une intervention préalable du juge judiciaire mais cette garantie n'est pas apparue suffisante pour le juge constitutionnel. En effet, un contrôle préalable de l'exercice de la liberté d'association même lorsqu'il réside entre les mains d'un juge, est contraire à la Constitution dès lors qu'en matière de libertés, le juge est normalement associé à un contrôle répressif³¹¹. Ainsi, en 1971, le Conseil constitutionnel a retenu une conception excluant toute intervention préalable, quelle qu'elle soit, conditionnant l'exercice d'une liberté³¹².

B. Des interdictions préventives d'expression exclues de la jurisprudence canadienne

1. La consécration jurisprudentielle du principe de *neutralité substantielle*

La Cour suprême canadienne, dans l'arrêt de principe *Irwin Toy*³¹³, a écarté toute possibilité d'exclure une activité humaine du champ de la protection de la liberté d'expression dès lors que celle-ci transmet ou tente de transmettre une signification³¹⁴. Pour la Cour suprême, l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* contiendrait une obligation implicite de *neutralité substantielle* des contenus protégés constitutionnellement. En d'autres termes, cette disposition poserait une interdiction de discriminer une expression au regard de l'opinion exprimée. En vertu de ce principe, les juges canadiens semblent s'obliger à ne pas décider d'« *écarter une activité humaine du*

³⁰⁹ Xavier Bioy, Laurence Burgorgue-Larsen, Pascale Deumier, *Les grands arrêts du droits des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2017, à la p. 237.

³¹⁰ Patrick Gaïa (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., à la p. 450.

³¹¹ Ibid.

³¹² Ibid.

³¹³ *Irwin Toy Ltd. c. Québec* [1989] 1 RCS 927 [*Irwin Toy*].

³¹⁴ Ibid., à la p. 969 :

« Si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie ».

champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification »³¹⁵.

Ainsi dans l'arrêt *Keegstra*, la Cour suprême du Canada, à l'unanimité, a déclaré que la promotion de la haine des juifs ou de tout autre groupe racial était protégée par l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*. En l'espèce, le contenu des assertions de monsieur Keegstra, aussi offensant qu'il puisse être, ne peut lui faire perdre la protection garantie par la *Charte*³¹⁶. De même, la Cour suprême a reconnu que les expressions négationnistes ou révisionnistes bénéficiaient de la protection de l'alinéa 2 b) de la *Charte* dès lors qu'il s'agit bien de transmettre un message³¹⁷. En effet, l'interdiction du négationnisme ou du révisionnisme impliquerait inévitablement de s'intéresser au contenu du message exprimé. Or, une telle appréhension viendrait heurter le principe de *neutralité substantielle* qui découle de l'alinéa 2 b) et en vertu duquel la Cour suprême confirme également que les libellés diffamatoires³¹⁸ ainsi que la communication de matériels obscènes³¹⁹ sont des contenus protégés.

L'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* ne faisant effectivement aucune distinction entre les contenus protégés par la liberté d'expression et ceux qui ne le sont pas, les juges canadiens refusent de différencier les « bonnes » des « mauvaises » opinions. Les seules à être distinguées sont les opinions dangereuses en ce qu'elles engendrent des actions gravement contraires à la démocratie et à ses valeurs

³¹⁵ Ibid. à la p. 978.

³¹⁶ *R. c. Keegstra* [1990] 3 R.C.S 697, à la p. 828.

³¹⁷ *R. C. Zundel* [1992] 2 SCR 731 (QL) 95 DLR (4th) 202. Dans cette affaire, le litige portait sur la constitutionnalité de l'article 181 du Code criminel prohibant la publication de fausses nouvelles. En vertu de l'article 181 du Code criminel Monsieur Zundel était condamné d'avoir publié un pamphlet niant l'existence de l'*Holocauste*. En l'espèce, la Cour suprême rejeta la constitutionnalité d'une disposition du Code criminel qui punit « *quiconque qui publie volontairement une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause ou est de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public* ». En l'espèce, Zundel a donc été acquitté et libre de continuer à diffuser ses propos négationnistes sur l'Holocauste, ceux-ci étant constitutionnellement protégés.

³¹⁸ *R. c. Lucas* [1998] 1 RCS 439.

Code criminel L.R.C. (1985) ch. C-46 article 300 :

« Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque publie un libellé diffamatoire qu'il sait faux ».

³¹⁹ *R. c. Butler* [1990] 1 RCS 452.

fondamentales³²⁰. Dès lors, si l'on reconnaît un pouvoir de limitation de la liberté d'expression, celui-ci ne peut viser l'expression d'une opinion mais le danger qu'un tel message est susceptible d'entraîner. Ainsi, pour la Cour suprême canadienne, en vertu de l'obligation constitutionnelle de *neutralité substantielle* du contenu protégé, aucune manifestation ne peut sortir du champ de la protection de la *Charte canadienne* du fait du message exprimé.

Ici, la juridiction canadienne semble faire sienne la théorie du *clear and present danger* dégagée par la Cour suprême des États-Unis selon laquelle seul un préjudice suffisamment important et imminent peut justifier une exception à l'interdiction absolue de restreindre la liberté d'expression consacrée par le premier amendement de la *Constitution américaine*³²¹. Autrement dit, afin de restreindre la liberté d'expression, l'organe de concrétisation doit vérifier que les propos litigieux en cause risquent d'entraîner de manière imminente une action illégale³²². Une telle conception condamne toute possibilité d'interdire une expression de manière préventive.

Toutefois, le droit constitutionnel canadien ne prévoit pas une telle vérification concrète de la vraisemblance d'un préjudice conditionnant le pouvoir de limiter la liberté d'expression. À l'inverse du premier amendement de la *Constitution américaine*, l'article premier de la *Charte canadienne* ne consacre pas d'interdiction absolue de limiter la liberté d'expression. La Constitution américaine ne contient pas de clause générale de limitation. En effet, malgré les fortes réticences à l'endroit de la censure préalable de la liberté d'expression sous-tendant le régime d'autorisation préventive, force est de constater que le droit constitutionnel canadien n'exclut pas cette possibilité. Contrairement aux États Unis où les restrictions préalables sont, pour la plupart, frappées d'inconstitutionnalité, au Canada, la clause générale de limitation

³²⁰ Patrice Rolland, « Du délit d'opinion dans la démocratie » dans *Pouvoir et libertés. Études offertes à Jacques Mourgeons*, Bruxelles, Bruylant, 1998, à la p. 660.

³²¹ Voir : *Abrahams v. United States* [1919] 250 U.S 616 ; Thomas Hochmann, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression : étude de droit comparé*, Paris, Pédone, coll. « Publications de l'Institut international des droits de l'Homme », 2013, à la p. 422.

³²² *Ibid.*, à la p. 422.

des droits et libertés de l'article premier de la *Charte* permet de justifier la plupart des restrictions préalables³²³. Le législateur, fédéral comme provincial, a donc la possibilité de soumettre l'administré à un contrôle *a priori* l'obligeant à obtenir une autorisation de l'administration pour exercer une activité réglementée³²⁴. Toutefois, l'établissement d'un tel contrôle *a priori*, lorsqu'il concerne l'exercice de la liberté d'expression, doit répondre aux exigences constitutionnelles de la *Charte canadienne*. En effet, pour qu'une telle limitation de la liberté d'expression soit constitutionnellement admise, il est requis, en vertu de l'article premier de la *Charte*, que celle-ci soit « raisonnable » et qu'elle puisse « se justifier dans le cadre d'une société démocratique ».

En réalité, l'obligation de *neutralité substantielle* en matière de liberté d'expression pourrait davantage découler du principe d'égalité³²⁵ combiné à la liberté d'opinion que de la seule consécration de la liberté d'expression. La *neutralité substantielle* renvoie, en effet, au principe d'égalité de traitement des différentes opinions qui doivent bénéficier de manière égale du droit d'essayer « *de conquérir par une libre concurrence le cœur des hommes* »³²⁶. Hans Kelsen a en ce sens rappelé que dans une société démocratique, toutes les croyances, les opinions et les volontés politiques doivent bénéficier de la même possibilité d'être exprimées. Ainsi, dans une démocratie, la liberté d'expression doit permettre à la minorité de pouvoir devenir, à tout moment, la majorité³²⁷. La *neutralité substantielle* apparaît alors comme un

³²³ Peter Hogg, *Constitutional law*, Thomson Carswell, Student edition, 2007, à la p. 953.

³²⁴ Richard Tremblay *Éléments de légistique. Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, éditions Yvon Blais, 2010, aux p. 187 et 207.

³²⁵ Article 1^{er} de la *Constitution française* :

« La France est une République, indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. [...] ».

Article 1^{er} de la *Constitution espagnole* :

« 1. L'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui défend comme valeurs supérieures de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique ».

Article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

« 15.1 La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ».

³²⁶ Hans Kelsen, *La démocratie : sa valeur, sa nature*, 2^e éd., Paris Dalloz DL, 2004, à la p. 113.

³²⁷ *Ibid.*, aux p. 113- 114.

élément essentiel de la pluralité politique et du rejet de l'existence d'une vérité absolue qui caractérisent la notion même de « société démocratique ».

2. L'exclusion d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'interdiction préventive d'expression

En droit canadien, ce n'est pas tant l'établissement d'un régime d'autorisation préalable de la liberté d'expression qui se heurte à l'exigence constitutionnelle de l'article premier de la *Charte* que le pouvoir discrétionnaire qu'il suppose³²⁸. En effet, parmi les exigences constitutionnelles auxquelles les limitations de la liberté d'expression sont soumises, on retrouve l'obligation de restriction par une *règle de droit*. Cette garantie constitutionnelle permet d'éviter que l'action gouvernementale soit arbitraire. Or, un régime d'autorisation qui implique un pouvoir discrétionnaire d'interdiction préventive de l'exercice de la liberté d'expression est susceptible de devenir arbitraire en l'absence d'encadrement strict³²⁹.

Ainsi, comme a pu le décider la Cour suprême canadienne dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, l'article 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* en l'espèce contesté, qui interdisait de se livrer à des activités expressives dans l'enceinte d'un aéroport à moins d'avoir obtenu une autorisation écrite du ministre, portait atteinte à la liberté d'expression. Ici, c'est le pouvoir discrétionnaire laissé au ministre d'autoriser ou non la distribution de tracts et l'expression d'une propagande politique qui se heurtait aux exigences de l'article premier de la *Charte canadienne*³³⁰.

Bien que l'interprétation de la manière d'appliquer une norme à des cas particuliers comporte toujours une part de discrétion, une norme ne peut être intelligible si le législateur confère un pouvoir discrétionnaire absolu à une autorité comme celui que suppose un régime d'autorisation. La jurisprudence canadienne a retenu à cet égard

³²⁸ Sur la conformité d'une règle de droit conférant un pouvoir discrétionnaire avec l'article premier de la *Charte canadienne*, voir *Dagenais c. SRC* [1994] 3 RCS 835, à la p. 875.

³²⁹ *R. c. Hufsky* [1988] 1 RCS 621, aux p. 632-633.

³³⁰ *Comité pour la République du Canada c. Canada* [1991] 1 R.C.S.139 p.209

la théorie de l'imprécision qui trouve son fondement dans le principe fondamental de la primauté du droit³³¹. Selon cette théorie, une règle de droit accordant un pouvoir discrétionnaire trop étendu pour encadrer l'exercice d'une liberté aussi fondamentale que celle de la liberté d'expression porte atteinte à cette dernière en ce qu'il ne s'agit pas d'une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Ainsi, une limite à la liberté d'expression qui conditionne son exercice à un pouvoir discrétionnaire est susceptible d'être frappée de nullité pour cause d'imprécision et d'inconstitutionnalité faute d'être une limite raisonnable au sens de l'article premier précité.

En d'autres termes, lorsque les organes chargés d'appliquer un régime d'autorisation bénéficient d'un trop large pouvoir discrétionnaire pour restreindre l'exercice de la liberté d'expression consacrée par la *Charte canadienne*, une telle limitation ne respecte plus la condition de constitutionnalité formelle de la *règle de droit* que pose son article premier. Un régime d'autorisation ne peut donc prévoir un pouvoir discrétionnaire laissant une trop grande latitude d'action à l'organe chargé d'autoriser ou non l'exercice d'un droit consacré.

Ainsi, il a été considéré qu'une disposition du *Code de la sécurité routière* du Québec interdisant toute manifestation sur un chemin public, sauf celles autorisées par la personne responsable de l'entretien du chemin public, prévoyait une limite à la liberté d'expression qui ne pouvait être constitutionnellement admise dès lors que le pouvoir d'autoriser l'expression des manifestants n'était pas encadré par une norme suffisamment précise pour éviter les interdictions arbitraires³³². En l'espèce, l'article 500-1 du *Code de la sécurité routière*³³³ obligeait les manifestants à obtenir une

³³¹ Voir : Gary T. Trotter, « Lebeau: Toward a canadian vagueness doctrine » (1988) 62 C.R. (3 rd) 103 à la p.188 ; J. C. Jeffries Jr., « Legality vagueness and the construction of penal statutes » (1985) 71 Va. L. Rev. 189.

³³² *Garbeau c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 5246

³³³ *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., 1987, c. C-24-2, article 500.-1 :

« Nul ne peut, au cours d'une action concertée destinée à entraver de quelque manière la circulation des véhicules routiers sur un chemin public, en occuper la chaussée, l'accotement, une autre partie de l'emprise ou les abords ou y placer un véhicule ou un obstacle, de manière à entraver la circulation des véhicules routiers sur ce chemin ou l'accès à un tel chemin. [...] Le présent article ne s'applique pas lors de défilées ou d'autres manifestations préalablement autorisées par la personne responsable de l'entretien du chemin public à la condition que le chemin utilisé soit fermé à la circulation ou sous contrôle d'un corps de police ».

autorisation de « *la personne responsable de l'entretien du chemin public* ». Le régime d'autorisation ainsi institué a été jugé inconstitutionnel non pas parce qu'il mettait en place un système d'autorisation préalable mais du fait du caractère discrétionnaire accordé à une autorité qu'il impliquait. Afin qu'un tel dispositif soit reconnu comme constitutionnellement conforme, il doit respecter les principes consacrés par la *Constitution* tels que la primauté du droit ainsi que la prévisibilité et l'accessibilité des dispositions législatives. Or, il semblait que cela n'était pas le cas des dispositions de l'article 500-1 contestées qui, selon le juge, étaient trop imprécises pour être déclarées constitutionnellement conformes³³⁴.

Cet arrêt *Garbeau c. Montréal* illustre bien le fait qu'en droit canadien, ce n'est pas la mise en place d'un régime d'autorisation préalable de manifester qui pose un problème de conformité constitutionnelle mais bien le pouvoir discrétionnaire que ce régime induit. Ainsi, si au sein du système constitutionnel canadien, il est possible de prévoir un régime d'autorisation préalable d'exercice de la liberté d'expression, en général, et de manifester en particulier, celui-ci doit être suffisamment précis pour être considéré comme une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*. Par conséquent, un régime d'autorisation qui prévoit un pouvoir discrétionnaire doit offrir un encadrement suffisant de la conduite à adopter tant par les citoyens que par les entités administratives compétentes. En effet, un trop large pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'un régime d'autorisation condamne tout contrôle judiciaire dans la mesure où il est difficile de contrôler l'arbitraire des autorités administratives lorsque celles-ci sont titulaires d'un pouvoir discrétionnaire étendu, voire illimité. Ainsi, un régime d'autorisation est susceptible d'être frappé d'imprécision - et donc d'inconstitutionnalité - non pas en raison de sa nature préventive mais du fait du degré de pouvoir discrétionnaire qu'il prévoit.

³³⁴ *Garbeau c. Montréal (Ville de)*, précit., au para 484.

Section 2. Le principe de dérogation du régime de déclaration préalable en matière de manifestation

Le principe de dérogation au régime d'autorisation en matière de manifestation repose avant tout sur la nécessité d'assurer le maintien de l'ordre public. Celui-ci bénéficie de plusieurs fondements au sein des systèmes constitutionnels soumis à notre étude. En droit canadien, il relève de la compétence provinciale d'assurer le maintien de l'ordre sur le territoire. Ainsi, il est possible qu'une province rende obligatoire une déclaration ou autorisation de manifester en vertu de la nécessité de maintenir l'ordre sur les chemins publics. En droit espagnol, l'article 21-2 de la *Constitution* consacre un impératif d'ordre public en matière de manifestation. La notion d'« *ordre public mettant en danger les personnes et les biens* » retenue dans cette disposition rompt avec la conception d'un ordre public abstrait et général qui dominait sous le régime franquiste et permettait de réprimer sévèrement ainsi que d'appréhender automatiquement toutes les manifestations de contestation perçues comme des atteintes à un ordre public *lato sensu*. En droit français, l'impératif d'ordre public susceptible de justifier une interdiction préventive de manifester ne trouve pas de fondement dans un régime spécial relatif à une liberté de manifestation constitutionnellement consacrée mais dans un objectif de valeur constitutionnelle dégagé par le Conseil constitutionnel lui-même qui paraît plus large que l'« ordre public mettant en danger les personnes et les biens » du droit espagnol ou que la notion d'ordre public fondant la compétence provinciale en droit canadien. Dès lors, il est permis de douter du fait que le pouvoir d'interdiction préventive d'une manifestation en droit français soit délimité par une acception matérielle et abstraite de l'ordre public ; d'autant que l'objet de la manifestation se retrouve parmi les éléments à déclarer préalablement à sa tenue. En droit canadien, il est fort probable qu'un dispositif préventif prévoyant une obligation de déclarer l'objet d'une manifestation ne soit pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*.

A. La protection de l'ordre public comme fondement du pouvoir d'interdiction préventive de manifester

1. La consécration constitutionnelle spécifique de « l'ordre public mettant en danger la sécurité des personnes et des biens » comme fondement du pouvoir d'interdiction préventif de manifester en droit espagnol

En droit espagnol, bien que le Tribunal constitutionnel ait reconnu que la manifestation était un exercice particulier de la liberté d'expression - du fait d'un mode, d'un lieu, ou encore d'un moment particulier de l'expression -³³⁵, le régime de déclaration préalable de manifestation ne découle pas de l'article 20 mais de l'article 21 de la *Constitution espagnole* relatif à la liberté de réunion pacifique. Ainsi, au sein du système constitutionnel espagnol, le régime de déclaration préalable est consacré en même temps que la liberté de manifestation, à l'article 21-2 de la *Constitution espagnole* qui dispose que « *les réunions dans les lieux de circulation publique et les manifestations feront l'objet d'une communication préalable aux autorités, qui pourront les interdire seulement s'il existe des raisons fondées d'une atteinte à l'ordre public, mettant danger les personnes ou les biens* ». Ainsi, le constituant a non seulement donné un fondement d'ordre public spécifique à l'exercice de la manifestation mais surtout il a restreint au maximum la compétence du législateur en matière d'encadrement de la liberté de manifester en imposant un régime de déclaration préalable.

Une telle limitation de la liberté de réunion lorsqu'elle prend la forme d'une manifestation s'aligne sur les dispositions de la *Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* qui lie le droit espagnol. En effet, si, d'une part, la *Convention européenne* prévoit dans son article 11 que la liberté de réunion pacifique « *n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État* », un régime de déclaration préalable de manifestation pourrait également trouver une

³³⁵ STC, 292/2000, 30 novembre 2000, JF11.

justification en vertu de l'article 10-2 du même texte³³⁶. En dépit de la logique libérale qui sous-tend la *Convention*³³⁷, il semble en effet que la Cour de Strasbourg admette de manière générale des régimes préventifs et, en particulier, des dispositifs d'autorisation préalable de la tenue de réunions publiques³³⁸.

Bien que le droit de la *Convention* octroie une grande latitude aux systèmes juridiques des États parties s'agissant de la mise en place de régimes préventifs en matière de manifestation, le constituant espagnol de 1978 a fait le choix d'écartier tout régime préventif d'autorisation pour consacrer explicitement et exclusivement un régime de déclaration préalable. Dès lors, même si l'autorité administrative conserve un pouvoir d'interdiction préventive de manifester lorsque des raisons fondées font croire à une possible atteinte à l'ordre public, celui-ci est strictement encadré par le pouvoir constituant originaire et dérivé.

Comme en France, l'impératif d'ordre public trouve plusieurs ancrages au sein du système constitutionnel espagnol. Ainsi, l'article 16-1 de la *Constitution* de 1978 octroie une habilitation générale au législateur pour limiter, au nom de l'ordre public, les libertés d'opinion, de religion et de culte. L'article 21-2 consacre quant à lui des attributions fonctionnelles d'ordre public à l'autorité administrative. À cet égard, il est intéressant de noter que c'est le constituant lui-même qui a mis en place un régime de déclaration préalable et précisé la définition de l'ordre public sur laquelle repose un tel régime. Le législateur espagnol se retrouve, par conséquent, très limité dans sa

³³⁶ Article 10-2 de la Convention européenne des droits de l'Homme :

« L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

³³⁷ Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, à la p. 388.

³³⁸ Ibid., à la p. 422 ; *Rassemblement jurassien et unité jurassienne c. Suisse*, 10 octobre 1979, CEDH, 8191/78, à la p.104, au para 3 ; *Oya Ataman c. Turquie*, 2006, CEDH, n° 74552/01, au para 37 ; *Djavit An c. Turquie*, 2003-III, CEDH, n° 20652/92, au para 57 ; *Karatepe et autres c. Turquie*, 7 avril 2009, CEDH, n° 33112/04, 36110/04, 40190/04, 41469/04 et 41471/04, au para 46 ; *Çelik c. Turquie*, 2012, CEDH, n° 36487/07, au para 90 ; *Gün et autres c. Turquie*, 2013, CEDH, n° 8029/07, au para 73 ; *Ciloglu c. Turquie*, 6 mars 2007, CEDH, n° 73333/01, au para 47.

compétence d'encadrement de l'exercice de la liberté d'expression sous la forme d'une manifestation. Le constituant confère expressément un pouvoir d'interdiction de manifester à l'autorité administrative, néanmoins l'application de ce pouvoir est strictement délimitée aux seules manifestations pour lesquelles il existe des raisons fondées de croire qu'elles engendreront une atteinte à l'ordre public mettant en danger les personnes et les biens.

Ce faisant, le constituant espagnol de 1978 a rompu avec l'ordre public abstrait et général consacré par la loi du 30 juillet 1959³³⁹. Celle-ci, votée sous le régime franquiste, définissait l'ordre public très largement : étaient désignées comme étant contraires à l'ordre public les atteintes à l'unité spirituelle, nationale, politique et sociale de l'Espagne³⁴⁰. De cette façon, les manifestations de contestation du pouvoir en place étaient automatiquement appréhendées comme des atteintes à la coexistence sociale et sévèrement réprimées par la loi de 1959 par le tribunal de l'ordre public institué avec la loi 54/1963, en vigueur jusqu'en 1977³⁴¹.

Depuis la *Constitution de 1978*, cette notion étendue d'ordre public qui octroyait un fondement général de restriction des droits et libertés par le pouvoir étatique a été largement substituée par celle de « sécurité des citoyens » consacrée par une loi organique de 1992³⁴². Désormais, l'article 17-1 de la *Constitution espagnole* reconnaît explicitement un droit à la liberté et à la sécurité à l'endroit de toutes les personnes. Dans le système constitutionnel espagnol de 1978, la garantie constitutionnelle de l'ordre public va donc de pair avec la protection de l'exercice des droits et des libertés³⁴³. Avec un tel raisonnement, le constituant espagnol s'est définitivement éloigné de l'ancienne notion d'ordre public en tant que fondement de la

³³⁹ *Ley de orden público 45/59* du 30 juillet 1959.

³⁴⁰ *Ibid.*, article 2.

³⁴¹ Voir : Alberto Fernandez Fernandez, « Orden público y seguridad ciudadana modificaciones normativas » (2015) 17 *Revista de derecho UNED* 293.

³⁴² *Ley organica 1/1992* du 21 février 1992 relative à la sécurité citoyenne qui a expressément abrogé la *loi 45/1959* relative à l'ordre public.

³⁴³ Alberto Fernandez Fernandez, « Orden público y seguridad ciudadana modificaciones normativas », *op. cit.*, à la p. 299.

souveraineté et de la compétence du pouvoir exécutif pour limiter les droits et libertés au profit de la volonté des gouvernants en place³⁴⁴. Le droit constitutionnel espagnol fait désormais de la sécurité citoyenne un bien constitutionnellement protégé et c'est seulement à ce titre que l'ordre public peut justifier une limitation des droits et libertés reconnus par la *Constitution*.

Concernant la manifestation, le constituant de 1978 a été particulièrement explicite s'agissant du respect de l'ordre public auquel est soumise cette expression : une interdiction préventive de manifester doit être fondée sur des circonstances déterminées faisant croire qu'il existe des risques d'atteinte à l'ordre public mettant en danger les personnes et les biens³⁴⁵.

2. Un impératif d'ordre public sans consécration de liberté de manifestation en droit français

Au sein du système constitutionnel espagnol, l'obligation de déclaration préalable dispose d'un fondement constitutionnel particulier, à l'article 21 de la *Constitution espagnole*. Si son premier alinéa proclame que toutes les réunions « *pacifiques et sans armes* » sont libres, son deuxième alinéa exclut de ce régime libéral « *les réunions dans des lieux de circulation publique et les manifestations* ». La *Constitution espagnole* opère donc une différenciation entre deux types de réunion : le régime juridique spécial de la déclaration préalable s'applique si la réunion se tient dans l'espace public.

En droit français, l'obligation de déclaration préalable de manifestation sur la voie publique ne se rattache pas à la liberté de réunion. En effet, une telle interprétation aurait été à l'encontre de la volonté du législateur puisque l'article 6 de la loi de 1881 interdit expressément « *les réunions tenues sur la voie publique* »³⁴⁶. Nulle part en droit français on ne trouve de consécration explicite du droit de manifester son opinion dans

³⁴⁴ Ibid., à la p. 306.

³⁴⁵ Teresa Freixes Sanjuan, José C. Remotti Carbonell, « La configuracion constitucional de la seguridad ciudadana », (1995) 87 *Revista de estudios políticos* p.146.

³⁴⁶ *Loi sur la liberté de réunion* du 30 juin 1881.

l'espace public.

Toutefois, une telle interdiction générale de se réunir sur la voie publique³⁴⁷ n'a pu en pratique empêcher la tenue de manifestations comme celle du 6 février 1934, organisée à Paris devant la chambre des députés par des groupes de droite et des ligues d'extrême droite, qui tourna à l'émeute et fit plusieurs morts et blessés. C'est d'ailleurs dans ce contexte qu'a été pris le décret-loi du 23 octobre 1935 fixant les modalités d'exercice de la manifestation sur la voie publique en dépit de l'interdiction générale d'organiser des réunions sur la voie publique. De cette façon, un fondement juridique a été donné aux compétences des autorités préfectorales et municipales, gardiennes de l'ordre public, pour encadrer préalablement la tenue de manifestations sur la voie publique.

En droit français, la reconnaissance originaire de l'existence juridique d'une liberté de manifestation réside dans le décret-loi de 1935 qui ne consacre pourtant pas expressément cette liberté mais une obligation de déclaration préalable.

C'est ainsi que pendant longtemps, les autorités administratives françaises ne se sentaient pas liées par le respect d'une liberté de manifestation puisque celle-ci, formellement, n'existait pas juridiquement. L'illustration la plus éloquente de cette situation demeure une circulaire prise par le ministre de l'intérieur Paganon en 1935 qui encouragea les maires et les préfets à s'opposer à toutes les manifestations, quelles qu'elles soient, susceptibles de provoquer une effervescence de nature à compromettre l'ordre public. La circulaire prévoyait en effet que « *des arrêtés d'interdictions, visant des réunions pourront être pris par la période choisie, le lieu où elles doivent se tenir, la façon dont elles sont organisées, le mode selon lequel elles doivent se dérouler, elles seront de nature à prévoir des incidents et à faire redouter des troubles tels que les services de police seraient dans l'obligation d'intervenir sur la voie publique* ». L'imprécision des termes employés encouragea les autorités de police à largement

³⁴⁷ Article 6 de la loi du 30 juin 1881 : « *Les réunions ne peuvent être tenues sur la voie publique* ».

restreindre la liberté de manifestation³⁴⁸, sans même se soucier de déterminer si l'ordre public aurait pu être maintenu par d'autres moyens moins restrictifs. L'interdiction est devenue le principe et non plus l'exception³⁴⁹. Dans le même sens, le Conseil d'État, dans son arrêt *Mutuelle nationale des étudiants de France* de 1974, a rappelé « *qu'aucune disposition ne fait obligation aux maires de mettre la voie publique à la disposition des étudiants* »³⁵⁰. Certains auteurs ont alors pu parler de « tolérance administrative »³⁵¹ des manifestations sur la voie publique.

Aujourd'hui, les choses n'ont que très peu changé. En effet, bien que le Conseil constitutionnel ait reconnu l'existence d'une liberté d'expression collective des idées et des opinions dans sa décision du 18 janvier 1995, que la doctrine a interprétée comme une reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté de manifestation en droit français³⁵², la question de la constitutionnalité de l'obligation de déclaration préalable de manifestation auprès des autorités administratives prévue par le décret-loi de 1935, aujourd'hui codifié à l'article L. 211-1 du *Code de la sécurité intérieure*, n'a pas été soulevée.

Cette obligation préventive, à l'inverse du cas espagnol, trouve ainsi son fondement en droit français dans l'impératif de sauvegarde de l'ordre public plutôt que dans un régime spécial de liberté de manifestation constitutionnellement consacré. Par ailleurs, l'article 10 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, qui bénéficie d'une valeur constitutionnelle depuis sa reconnaissance au sein du bloc de

³⁴⁸ Puisque la fondamentale n'avait pas encore été reconnue par le Conseil constitutionnel, la légalité de la circulaire n'a jamais été contestée.

³⁴⁹ Marcel -René. Tercinet, « La liberté de manifestation en France » (1979) RDP 1019.

³⁵⁰ CE, 3 mai 1974, *Mutuelle nationale des étudiants de France*, AJDA 1975.

³⁵¹ Selon H.-G. Hubrecht, la manifestation ne se résumerait qu'à « *une série d'agissement objet d'une tolérance administrative* ». H.-G. Hubrecht, « Le droit français de manifestation » dans *La manifestation*, Paris, Presses de la F.N.S.P., 1990, p. 181.

³⁵² Par exemple, voir : Stéphanie Hennette-Vauchez, Diane Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 2^e éd., Paris, Dalloz, coll. « HyperCours. Cours et Travaux dirigés », 2015, à la p. 619 ; Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., à la p. 650 ; Lauriane Josende, *Liberté d'expression et démocratie. Réflexion sur un paradoxe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, à la p. 141.

constitutionnalité, limite en principe la restriction de la liberté d'expression à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public³⁵³.

Une telle obligation préventive bénéficie de différents ancrages dans l'ordre juridique français.

L'impératif d'ordre public trouve ainsi d'abord un fondement constitutionnel spécifique au regard de la liberté d'expression à l'article 10 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* depuis la reconnaissance de sa valeur constitutionnelle. Ainsi, l'obligation de déclaration préalable de manifestation est une limite constitutionnellement conforme dès lors qu'elle vise la protection de l'ordre public.

Néanmoins, au sein de la jurisprudence constitutionnelle, la notion d'ordre public a été interprétée en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle « dépassant le seul cadre de la liberté d'opinion »³⁵⁴. En l'incluant dans cette catégorie juridique, le Conseil constitutionnel en a fait une notion large et autonome³⁵⁵. L'obligation de déclaration préalable de manifestation trouve donc davantage un fondement constitutionnel dans l'objectif de valeur constitutionnelle que le Conseil constitutionnel a dégagé en tant que fondement général de limitation aux droits fondamentaux que dans l'article 10 de la *Déclaration* précitée³⁵⁶.

Cette notion très large d'ordre public à laquelle se réfère le Conseil constitutionnel français semble aller plus loin que l'ordre public consacré à l'article 21-2 de la *Constitution espagnole* de sorte à pouvoir y faire entrer les « exigences

³⁵³ Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris - Aix en Provence, Economica - Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1990, à la p. 84.

³⁵⁴ Pierre de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2006, p. 91.

³⁵⁵ Cons. const., 27 juillet 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, au considérant 5. Sur la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle, voir : Pierre de Montalivet, *ibid.* ; Bertrand Faure, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? » (1995) 21 RFDC 48-77 ; Anne Levade, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexion sur une catégorie juridique introuvable » dans *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, aux p. 687-701 ; François Luchaire, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle » (2005) RFDC 675-684.

³⁵⁶ Pauline Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, DL 2014, à la p. 52.

minimales de la vie en société ». De cette manière, le pouvoir d'interdiction qui découle du régime de déclaration préalable n'est aucunement délimité par une acception matérielle et extérieure de l'ordre public. Dès lors, il est possible d'interdire une manifestation du seul fait du contenu du message qu'elle vise à transmettre.

B. Le contrôle préalable de l'objet de la manifestation

1. La mention de l'objet de la manifestation caractéristique des régimes de déclaration préalable français et espagnol

L'article 9 de la loi organique espagnole 9/1983 du 15 juillet 1983 relative à l'exercice du droit de réunion précise les informations que doit contenir la déclaration. Tout d'abord, il est demandé aux organisateurs de déclarer leurs noms, prénoms, adresses et numéro de documents officiels d'identité. Dans le cas où l'organisateur est une personne morale, il est requis de communiquer sa dénomination, sa nature et son adresse. Puis, la déclaration doit informer l'administration du lieu, de la date, de l'heure et de la durée prévue de la manifestation. Troisièmement, la déclaration doit communiquer aux autorités administratives l'objet que poursuit la manifestation ainsi que l'itinéraire qu'elle prévoit d'emprunter.

Ce sont les mêmes éléments qui sont demandés en droit français selon l'article L. 211-2 du *Code de la sécurité intérieure* aux termes duquel :

« La déclaration fait connaître les noms, prénoms et domiciles des organisateurs et est signée par au moins l'un d'entre eux ; elle indique le but de la manifestation, le lieu, la date et l'heure du rassemblement des groupements invités à y prendre part et, s'il y a lieu, l'itinéraire projeté ».

En droit français, une déclaration inexacte quant à l'objet de la manifestation est susceptible non seulement de rendre la manifestation illégale mais également d'engager la responsabilité pénale de ses organisateurs. Par ailleurs, l'absence de précision de l'objet de la manifestation ou une fausse déclaration à cet égard équivaut à une non-déclaration préalable de manifestation qui est pénalement sanctionnée par l'article 431-9 du *Code pénal français*.

En droit espagnol, jusqu'en 2015, l'absence de déclaration de manifestation n'entraînait aucune conséquence pénale pour les organisateurs ; ceux-ci encouraient seulement le risque d'échapper à une protection constitutionnelle dès lors que la *Constitution espagnole* ne garantit la liberté de manifestation que lorsqu'elle est préalablement déclarée. Ainsi, durant la vague de manifestations du mouvement dit des *Indignés*, certaines manifestations n'ont pas été préalablement déclarées. À l'inverse du cas français, si une telle manifestation ne bénéficiait pas de la garantie constitutionnelle, elle n'en devenait pas pour autant illégale. Toutefois, *la loi organique 4/2015 relative à la protection de la sécurité publique (ley organica 4/2015 de proteccion de la seguridad ciudadana)* du 30 mars 2015 a créé une infraction administrative pour pallier l'absence de répression pénale en cas d'absence de déclaration préalable de manifestation. Précisément, l'article 37.1 de cette loi organique prévoit une sanction administrative à l'encontre des organisateurs n'ayant pas ou mal déclaré une manifestation.

Cette même loi prévoit, à l'article 30.1, qu'en l'absence d'organiseurs ou de promoteurs ayant signé une déclaration préalable, seront considérées comme promoteurs ou organisateurs des manifestations en cause les personnes physiques ou juridiques qui président, dirigent ou accomplissent des actes similaires ou qui, du fait de leur publications ou déclarations orales ou écrites, ou de tout autres faits, peut raisonnablement faire croire qu'ils en sont les promoteurs.

Un recours en inconstitutionnalité de la loi organique a cependant été formé par l'opposition et a été admis par le Tribunal constitutionnel espagnol le 16 juin 2015. Ce recours visait explicitement la création de l'infraction administrative de non-déclaration préalable de manifestation, notamment de non-déclaration de l'objet de la manifestation et des organisateurs qui endosseront la responsabilité de l'infraction administrative dont la reconnaissance est susceptible de reposer exclusivement sur des soupçons.

En droit français, bien que le législateur n'ait pas oublié de prévoir l'engagement de la responsabilité pénale des organisateurs d'une manifestation en cas

d'absence de déclaration préalable de celle-ci, aucune norme ne mentionne le cas d'absence d'organisateur. La discrétion que prévoit la *loi organique 4/2015* espagnole pour désigner les organisateurs ou promoteurs n'est pas prévue en droit français. En revanche, on retrouve pareille latitude dans la pratique. En effet, dans le cadre du mouvement social français dit des *gilets jaunes* débuté en novembre 2018, certains manifestants médiatisés ont été arrêtés et condamnés en vertu de l'article 431-9 du *Code pénal* pour organisation de manifestations sans déclaration préalable³⁵⁷.

2. L'absence de l'obligation de déclaration préventive de l'objet de la manifestation dans le cadre des régimes d'autorisation de manifestation en droit canadien : l'exemple québécois

Comme on l'a précédemment relevé, l'encadrement de la liberté d'expression au Canada n'est assigné à aucun ordre de gouvernement particulier de sorte que son exercice peut trouver un fondement normatif aussi bien au niveau de la fédération qu'au niveau des provinces ; ce dans les limites de leur domaine de compétences respectif tel que prévu par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Néanmoins, les réglementations préventives relèvent *a priori* davantage de la compétence provinciale que de la compétence fédérale en matière d'incrimination de d'expression. Par exemple, les normes ayant trait à la décence et à la moralité applicables dans les provinces ont toujours relevé de la compétence provinciale. En droit canadien, la constitutionnalité des régimes préventifs d'autorisation n'est pas condamnée au profit des régimes de déclaration préalable. Autrement dit, ni les juges canadiens ni la doctrine n'établissent de distinction de nature entre les deux régimes comme cela est le cas au sein des systèmes constitutionnels français et espagnol.

Pendant un temps, il a été possible de faire obstacle à la constitutionnalité des

³⁵⁷ Éric Drouet, l'un des chefs de file des « Gilets jaunes », a été condamné à 2000 euros d'amende pour une manifestation non déclarée alors qu'il se défendait de n'avoir joué aucun rôle d'organisateur ou de leader dans ce mouvement. En l'espèce, pour le condamner, les juges du tribunal correctionnel semblent s'être fondés sur un appel à manifestation publié sur son compte *Facebook*. Voir : https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/03/29/gilets-jaunes-eric-drouet-condamne-a-2-000-euros-d-amende-dont-500-avec-sursis_5442939_3224.html [en ligne le 23 juin 2019].

régimes préventifs provinciaux d'autorisation de l'exercice de la liberté d'expression par le biais de la théorie jurisprudentielle dit du « champ occupé ». En effet, lorsqu'il existait déjà une infraction criminelle sanctionnant des expressions, a-t-on pu penser que la compétence provinciale d'édicter des régimes d'autorisation préalable impliquant un pouvoir d'interdiction préventive de ces mêmes expressions pouvait être écartée. Aujourd'hui, depuis l'avènement de la théorie jurisprudentielle dite du « double aspect », un tel raisonnement n'est plus admis. En 1978, la majorité de la Cour suprême a clairement établi dans l'affaire *Dupond c. Ville de Montréal et al.* que les provinces avait compétence pour adopter des mesures préventives en matière d'assemblées, défilés et attroupements dans le domaine public en vertu de leurs pouvoirs sur les matières purement locales et privées et a rappelé que la « suppression des conditions susceptibles de favoriser le crime relève de la compétence provinciale. »³⁵⁸ En d'autres termes, la similarité de textes ne suffit plus à justifier qu'une disposition provinciale soit écartée. En effet, en vertu de cette théorie du double aspect, ce n'est pas parce qu'un acte est déjà prohibé par le *Code criminel* qu'une province ne peut pas aussi l'encadrer, voire également le prohiber, sur un point qui relève de sa compétence. Ainsi, lorsque « l'application de la loi provinciale n'a pas pour effet d'écarter l'intention du Parlement »³⁵⁹ et que le régime d'autorisation préalable de l'exercice de la liberté d'expression n'entre pas en conflit avec l'incrimination d'une expression par le *Code criminel*, une norme d'habilitation provinciale générale peut octroyer le pouvoir aux municipalités d'édicter des régimes d'autorisation impliquant l'interdiction d'expressions pénalement sanctionnées.

Par conséquent, en droit canadien, il est possible qu'une province rende obligatoire la déclaration ou l'autorisation de manifester sur ses chemins publics dès lors que l'encadrement de l'utilisation des chemins publics relève de sa compétence. En revanche, il est fort probable qu'une réglementation préventive prévoyant une

³⁵⁸ *Dupond c. Ville de Montréal et al.*, [1978] 2 R.C.S. 770, à la p. 792.

³⁵⁹ *Multiple Access Ltd. C. McCutcheon* [1982] 2 R.C.S 161, p.190.

obligation de déclarer l'objet d'une manifestation ne soit pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*.

Bien que la Cour supérieure du Québec ait invalidé l'article 500.1 d du *Code de la sécurité routière* qui consacre une interdiction de manifester sur un chemin public en l'absence d'autorisation préalable, elle ne condamne pas la mise en place d'un régime préventif en matière de manifestation. À cet égard, se référant à des systèmes constitutionnels étrangers prévoyant une obligation préalable de communication, la Cour a rappelé que l'autorité publique peut choisir la voie de l'autorisation préalable comme celle de la simple déclaration. En revanche, lorsque c'est la voie du régime d'autorisation qui est choisie, le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou d'interdire une manifestation doit être strictement encadré. Or, en l'espèce, l'article 500.1 prévoyant un tel régime d'autorisation demeurerait trop imprécis pour pouvoir être déclaré constitutionnellement conforme³⁶⁰. Autrement dit, le système d'autorisation préalable en l'espèce contesté ne s'est pas révélé inconstitutionnel du fait qu'il posait une obligation de déclaration préalable de manifestation, mais en raison du caractère discrétionnaire des décisions prises dans le cadre de ce dispositif d'autorisation.

En droit québécois, le *Code de la sécurité routière* n'était³⁶¹ pas le seul à prévoir une obligation de déclaration préalable de manifestation ; on peut trouver une telle obligation dans des règlements municipaux. Ainsi, même si l'article 2.1 du *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics et sur l'utilisation du domaine public*³⁶² prévoyant l'obligation de déclarer préalablement le lieu et l'itinéraire d'une manifestation entrant dans le champ de compétence municipal de la ville de Montréal, cette obligation a été déclarée inconstitutionnelle à l'aune de la garantie des droits et libertés. En effet, la Cour d'appel du Québec a affirmé que l'obligation préalable de déclaration poursuivait un objectif urgent et réel d'encadrer la

³⁶⁰ *Garbeau c. Montréal (Ville de)*, précit. au para 484.

³⁶¹ La Cour supérieure du Québec dans *Garbeau c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 5246 avait invalidé l'article 500.1 du Code de la sécurité routière.

³⁶² *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics et sur l'utilisation du domaine public* R.R.V.M c. P-6.

circulation sur les voies publiques. Toutefois, la constitutionnalité d'un règlement municipal ne peut se limiter à un simple contrôle rationnel. Un règlement municipal établissant une obligation de déclaration préalable à l'exercice d'une liberté doit faire l'objet d'un contrôle maximum de constitutionnalité afin de vérifier qu'il n'ait pas une portée excessive et déraisonnable au sens du droit administratif. En effet, les règlements municipaux doivent répondre au critère de l'atteinte minimale. Or, un règlement municipal interdisant toutes les manifestations sur la voie publique à l'exception de celles ayant été préalablement communiquées aux services de police est une réglementation qui ne peut satisfaire le critère de l'atteinte minimale. Ainsi, la Cour d'appel du Québec a estimé que l'interdiction de manifester édictée par la municipalité du seul fait de la non-communication préalable de sa tenue, tel que le prévoit le règlement municipal *sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics et sur l'utilisation du domaine public*, devait être déclarée nulle en raison de sa portée excessive au sens du droit administratif. En effet, le caractère déraisonnable et arbitraire d'une obligation de déclaration préalable de l'objet d'une manifestation ne répond pas au critère de justification de l'article premier de la *Charte canadienne* en ce qu'une telle atteinte à la liberté d'expression n'est pas raisonnable et ne peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique³⁶³.

Sous-chapitre 2. La délimitation du pouvoir d'interdiction préventif de manifester

Le régime de déclaration préalable d'une manifestation, que l'on retrouve en droit français et espagnol, est une dérogation au principe d'interdiction de censure préventive de l'expression d'une opinion qui se fonde sur la distinction entre le régime d'autorisation, qui relève clairement d'un pouvoir de censure préalable, et le régime de

³⁶³ *Villeneuve c. Montréal* 2018 QCCA 321 2 mars 2018, au para 109.

déclaration préalable, qualifié par la doctrine de régime « hybride ». Si en droit espagnol cette distinction peut trouver un fondement constitutionnel en ce que le constituant de 1978 a explicitement interdit la mise en place d'un régime d'autorisation préalable de manifestation, cela n'est pas le cas en droit français où une telle différenciation ne trouve de fondement que dans la doctrine. Le droit canadien ne s'encombre pas de cette distinction, qui semble ainsi lui paraître superflue, en qualifiant de régime de déclaration préalable ce qui en réalité est un véritable régime d'autorisation préventive. En effet, la différenciation entre ces deux régimes disparaît lorsqu'il subsiste un pouvoir d'interdiction préventive dans le cadre d'un régime de déclaration préalable. D'autre part, une telle dérogation au principe d'interdiction de censure préalable de l'expression d'une opinion repose également sur la volonté de préservation d'un ordre public « extérieur et matériel » en ce que le pouvoir d'interdiction de manifester ne peut se fonder sur le seul objectif de censurer une opinion (Section 1).

Néanmoins, le maintien d'un pouvoir d'interdiction préventive de manifester alimente une certaine confusion. En effet, ce pouvoir est justifié par un objectif de maintien d'un ordre public « matériel et extérieur », cependant on observe un élargissement d'une telle justification. En premier lieu, on peut relever que le pouvoir d'interdiction préventive pour des motifs d'ordre public est susceptible de se transformer en pouvoir général de prévention d'infraction pénale ; ce d'autant plus qu'en droit espagnol et français, l'objet de la manifestation, on l'a vu, fait partie des éléments à communiquer préalablement. Ainsi, à propos d'une manifestation ayant pour projet d'exprimer une opinion illégale, l'administration peut être tentée de l'interdire afin d'éviter la diffusion d'un tel message. La confusion est d'autant plus importante lorsque la notion d'ordre public est interprétée suivant une acception immatérielle. C'est notamment le cas lorsque la moralité publique compte parmi les composantes de l'ordre public. Dans de pareilles situations, les autorités administratives seront tentées d'interdire des manifestations en fonction de ce qu'elles jugeront moralement acceptable ou non (Section 2).

Section 1. La consécration d'un pouvoir d'interdiction préventive de manifestation à travers le régime de la déclaration préalable

À l'inverse de la *Constitution espagnole* qui prohibe explicitement la mise en place d'un régime d'autorisation préventive de l'exercice de la liberté d'expression et de réunion pacifique, aucune disposition en droit français ne s'oppose à ce qu'un régime de déclaration préalable de manifestation s'applique comme un régime d'autorisation préventive. Dans tous les cas, lorsque l'administration conserve un pouvoir d'interdiction préventive, la distinction entre régime de déclaration préalable et régime d'autorisation n'est qu'illusoire. En effet, qu'elle résulte d'un régime d'autorisation ou d'un régime de déclaration préalable, l'interdiction préventive de manifester revient à censurer le message transmis par une manifestation (A). La consécration d'un ordre public « matériel et extérieur » au fondement du pouvoir d'interdiction préventive de manifester permet cependant d'éviter que le régime de déclaration préalable ne devienne un régime préventif permettant de censurer les manifestations en fonction des messages qu'elles souhaitent transmettre. Une fois de plus, c'est le constituant espagnol de 1978 qui a consacré un ordre public spécifique à la manifestation pouvant justifier une mesure d'interdiction préventive toutefois restreinte aux seules situations de danger pour les personnes et les biens. En droit français, une telle délimitation de l'ordre public réside entre les mains du juge administratif (B).

A. La confusion quant à la distinction entre régime d'autorisation préventive et régime de déclaration préalable

1. La difficulté de la distinction en présence d'un pouvoir d'interdiction

Un régime d'autorisation préalable se distingue, en principe, d'un régime de déclaration en ce que le premier est *a priori* plus restrictif que le second. En effet, un régime de déclaration implique un simple devoir d'information d'une autorité alors

qu'un régime d'autorisation requiert le consentement préalable de cette dernière. Dans un régime de déclaration préalable, l'individu ne demande pas une autorisation afin d'exercer une liberté, il est simplement dans l'obligation d'informer l'administration du fait qu'il compte exercer cette liberté. Au sein de la doctrine européenne, il est généralement admis que le régime de déclaration préalable est un régime hybride, ou encore intermédiaire³⁶⁴ ; entre un régime libéral qui permet l'exercice immédiat d'une liberté sans passer par le consentement d'une autorité et un régime préventif qui suppose une décision préalable d'autorisation avant de pouvoir exercer cette liberté.

Ainsi, un régime de déclaration préalable se différencie d'un régime d'autorisation parce que l'autorité administrative n'a, dans le premier cas, qu'un rôle passif d'enregistrement. L'administration ne dispose donc pas d'un pouvoir de s'opposer à l'exercice de la liberté d'expression et se contente de prendre note et de délivrer un récépissé faisant foi que l'obligation de déclaration a bien été respectée³⁶⁵. La procédure de déclaration apparaît ainsi davantage comme une formalité destinée à informer l'autorité publique que comme un pouvoir de censure préalable.

Toutefois, cette distinction est à nuancer lorsque dans un régime de déclaration préalable, l'administration conserve un pouvoir d'interdiction comme cela est le cas en matière d'exercice de la liberté d'expression à travers une manifestation, tant en droit espagnol qu'en droit français. Lorsque l'on prévoit un pouvoir d'interdiction préventive dans un régime de déclaration préalable, il demeure un risque inhérent de glissement vers un régime d'autorisation.

Dès lors, même si l'article 21 de la *Constitution espagnole* précise que les réunions ne sont pas soumises à un régime d'autorisation et que les réunions sur la voie publique doivent seulement faire l'objet d'une « *communication préalable* » auprès des autorités administratives, il consacre également la possibilité d'interdire une manifestation lorsqu'il existe « *des raisons fondées d'altération de l'ordre public avec*

³⁶⁴ Stéphanie Hennette-Vachez, Diane Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, op. cit., aux p. 266-268.

³⁶⁵ Ibid.

danger sur les personnes et les biens ». Cette interdiction de mettre en place un régime d'autorisation préalable est réaffirmée aux articles 3 et 10 de la *loi organique 9/1983* relative à l'exercice de la liberté de réunion qui prévoit la compétence de l'autorité administrative d'interdire une manifestation ou modifier les modalités de sa tenue lorsqu'elle considère qu'il existe des raisons fondées qu'il puisse se produire des altérations à l'ordre public engendrant un danger pour les personnes ou les biens.

De la même manière, l'article L. 211-4 du *Code de la sécurité intérieure français* prévoit que :

« Si l'autorité investie des pouvoirs de police estime que la manifestation projetée est de nature à troubler l'ordre public, elle l'interdit par un arrêté qu'elle notifie immédiatement aux signataires de la déclaration au domicile élu ».

Qu'elle résulte d'un régime d'autorisation ou d'une procédure de déclaration préalable, l'interdiction préventive de manifester revient à censurer préalablement un message. Ainsi, un système normatif qui rend possible l'interdiction préventive d'une manifestation prend aussi le risque de permettre une censure préalable de l'exercice de la liberté d'expression. En outre, lorsque l'on maintient un pouvoir d'interdiction, l'individu qui souhaite organiser une manifestation ne se contente pas d'informer l'autorité administrative de son intention mais doit en réalité obtenir de sa part une non-interdiction, ce qui revient ni plus ni moins à demander son consentement.

2. La garantie constitutionnelle espagnole de la distinction

En préservant un pouvoir d'interdiction préventive de manifester entre les mains des autorités administratives, le constituant espagnol a par la même octroyé une garantie constitutionnelle contre le glissement du régime de déclaration préalable vers un régime d'autorisation en consacrant expressément l'inconstitutionnalité du premier, tant en matière d'expression que concernant l'organisation de réunion. De cette manière, s'il demeure des doutes quant à l'utilisation du régime de déclaration préalable en tant que régime d'autorisation, il est possible de contester une mesure

d'interdiction préventive devant le juge administratif en vertu de la procédure d'urgence prévue à l'article 11 de la *loi organique 9/1983*. Le juge saisi d'une demande d'annulation de la décision administrative en question contrôlera la conformité constitutionnelle de l'interdiction de manifester, notamment en vérifiant que cette prohibition repose sur des motifs relatifs à la préservation de la sécurité des personnes ou des biens et non pas sur une volonté de censure du message de la manifestation de la part de l'autorité administrative.

En outre, conformément à l'article 53-1 de la *Constitution espagnole*, la liberté de réunion prenant la forme d'une manifestation, en tant que liberté reconnue constitutionnellement de manière explicite, ne peut être limitée qu'à la condition de respecter son contenu essentiel. Or, une lecture combinée de l'article 21-2 et de l'article 20-2 de la *Constitution espagnole* laisse supposer qu'une mesure de censure préventive d'un message transmis par le biais d'une manifestation porte atteinte au contenu essentiel de la liberté de manifestation. D'autre part, le juge dispose d'un outil supplémentaire pour contrôler le bien-fondé d'une décision d'interdiction préventive de manifester : l'article 10 de la *ley organica 9/1983*. En effet, cette disposition prévoit la possibilité, pour l'autorité gouvernementale devant se prononcer sur la tenue d'une manifestation, d'en proposer une modification en cas de raisons fondées de risque d'altération de l'ordre public. De cette façon, une mesure d'interdiction préventive de manifester sera constitutionnellement admise seulement si aucune mesure de modification ne peut parer aux risques d'atteinte à l'ordre public mettant en danger les personnes ou les biens. Or, force est de constater qu'une interdiction générale de manifester, peu importe l'endroit et le moment, correspond probablement davantage à une censure du message que celle-ci vise à transmettre qu'à une mesure de protection de l'ordre public mettant en danger la sécurité des personnes et des biens.

À l'inverse, aucune disposition de l'ordre juridique français n'interdit la mise en place d'un régime d'autorisation préalable d'une manifestation de sorte que rien ne fait obstacle à ce que le régime de déclaration préalable soit interprété comme une

demande d'autorisation préventive de manifester auprès des autorités administratives disposant d'un pouvoir d'interdiction.

Ce pouvoir, prévu à l'article L. 211-4 du *Code de la sécurité intérieure* français, semble uniquement justifié par le risque de trouble à l'ordre public. En vertu de l'article L. 2212-2 du *Code général des collectivités territoriales*, l'ordre public que doit garantir la police administrative se compose traditionnellement de la sûreté, de la sécurité et de la salubrité publiques³⁶⁶. Il s'agit d'une acception « matérielle et extérieure »³⁶⁷ de l'ordre public qui pourrait se rapprocher de la notion de « sécurité des personnes et des biens » de l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*.

Néanmoins, si le juge administratif ne se limite pas à cette définition déterminée par le législateur et décide de s'octroyer la compétence d'élargir le contenu de l'ordre public, il étend par la même son pouvoir d'interdiction préventive de manifester. En effet, moins l'ordre public sera précisément déterminé, plus il sera aisé de justifier une interdiction au motif de risques de troubles à l'ordre public. De fait, un ordre public indéterminé est susceptible de pouvoir justifier n'importe quelle interdiction de manifester. Dans pareil cas, même si les autorités investies de ce pouvoir peuvent faire preuve de tolérance en évitant l'interdiction au profit de la « négociation », il n'en demeure pas moins qu'elles disposent d'une capacité pure et simple d'interdire une manifestation sous couvert de vouloir éviter des risques de troubles à l'ordre public.

Dès lors, en l'absence d'une garantie constitutionnelle d'interdiction de mise en place d'un régime d'autorisation comme celle prévue par la *Constitution espagnole*, ajoutée à une indétermination de la notion d'ordre public, le régime de déclaration préalable prévu par le droit français est susceptible de se transformer ni plus ni moins, à chaque application, en un régime d'autorisation largement soumis à la discrétion des autorités administratives.

³⁶⁶ Article L. 2212-2 du *Code général des collectivités territoriales* :

« La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ».

³⁶⁷ Expression consacrée par Maurice dans son *Précis de droit administratif* de 1927.

B. L'ordre public matériel et extérieur au fondement du pouvoir d'interdiction préventive de manifester

1. La consécration d'un ordre public restreint par le constituant espagnol

Conscient des difficultés qu'entraînerait une interprétation trop restrictive de l'ordre public s'agissant d'une manifestation dès lors que cette dernière peut être définie comme « *la réunion dynamique sur la voie publique d'un groupe de personnes, avec le but d'exprimer des opinions, protestations ou revendications par leur présence et leur voix* »³⁶⁸, le Tribunal constitutionnel espagnol a su désamorcer le problème de l'incompatibilité entre liberté de manifestation et ordre public dans une décision de principe rendue en 1995³⁶⁹. La *Constitution espagnole* admet que l'exercice de la liberté de manifestation peut avoir pour limite le maintien de l'ordre public, néanmoins elle délimite la portée de cette restriction en précisant qu'il s'agit alors de considérer les atteintes « *mettant en danger les personnes et les biens* ». De cette manière, le constituant a écarté les interprétations trop larges et abstraites de l'ordre public. Dès lors, selon le Tribunal constitutionnel, une simple altération de l'ordre public est, dans le cadre de l'exercice de la liberté de manifestation, insuffisante pour justifier une restriction dans la mesure où une manifestation sur la voie publique suppose toujours une certaine altération du déroulement normal de la vie citoyenne et, par conséquent, de l'ordre public. La notion d'atteinte « *mettant en danger les personnes et les biens* » doit s'interpréter dans le cadre constitutionnel espagnol, c'est-à-dire comme une limite au droit fondamental de manifestation³⁷⁰. Cette approche d'atteinte à l'ordre public a été définie et précisée au fur et à mesure des décisions rendues par le Tribunal constitutionnel en la matière. Elle se compose de deux éléments fondamentaux : d'une part, il s'agit d'un désordre matériel susceptible d'empêcher le déroulement normal de

³⁶⁸ Domingo Perez Cataño, *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, op. cit., à la p. 59.

³⁶⁹ STC, 66/1995, 8 mai 1995.

³⁷⁰ Juan Manuel Goig Martínez (coord.), M. Nuñez Martínez, C. Nuñez Rivero, *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Universitas Internacional, 2006 S.L., à la p. 309.

la vie en société ; d'autre part, ce désordre matériel affecte l'intégrité physique ou morale de personnes ou de biens, publics comme privés³⁷¹.

En outre, comme le rappelle Domingo Perez Castaño, le principe *favor libertatis* lie les pouvoirs publics dans leur interprétation de l'impératif d'ordre public afin qu'elle soit la moins restrictive pour les libertés³⁷². En d'autres termes, les pouvoirs publics doivent procéder à une interprétation stricte de la notion d'« ordre public » sans quoi l'exercice de la liberté de manifestation serait d'une effectivité normative nulle. Le droit espagnol propose donc un encadrement constitutionnel maximal des pouvoirs de restriction des autorités administratives s'agissant des manifestations. Cette délimitation exclut l'objet du message que celles-ci visent à transmettre des motifs justifiant une restriction préventive. Ainsi, en droit espagnol, toute acception immatérielle de l'ordre public pouvant justifier l'interdiction d'une manifestation du fait du message qu'elle porte est écartée du régime de déclaration préalable de sorte que seule une situation de danger pour les personnes ou leurs biens pourra justifier une mesure d'interdiction préventive de manifester. En aucun cas l'ordre public dont la nécessaire protection est susceptible de limiter l'exercice de la liberté de manifestation ne pourra s'interpréter à l'aune de valeurs juridiques abstraites ou de valeurs métajuridiques constitutives de l'ordre social à la base d'une démocratie. Autrement dit, jamais l'impératif d'ordre public consacré à l'article 21 de la *Constitution espagnole* ne pourra justifier une limitation du contenu des idées et des revendications exprimées à travers une manifestation. Précisément, l'article 21-2 de la *Constitution espagnole* ne prévoit aucune compétence de contrôle de l'opportunité politique du message transmis par une manifestation et l'impératif d'ordre public consacré par cette disposition ne peut concerner que les risques d'intégrité physique pour les personnes et les biens³⁷³.

³⁷¹ STC, 66/1995, 8 mai 1995, au point 3.

³⁷² Juan Manuel Goig Martinez (coord.), M. Nuñez Martinez, C. Nuñez Rivero, *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., à la p. 309.

³⁷³ Voir : Jose Luis Lopez Gonzalez, « A propósito de la STC 66/1995 de 8 mayo, en torno a los límites al derecho de reunión » (1996) 48 *Revista española de derecho constitucional* 241 p.244-245.

2. La consécration d'un ordre public « matériel et extérieur » par le juge administratif français

Alors que pour la plupart des commentateurs, l'arrêt *Benjamin* rendu par le Conseil d'État en 1933 est constitutif d'un principe libéral en faveur des libertés publiques face à l'action administrative³⁷⁴, à l'époque où il a été rendu cet arrêt est apparu très liberticide³⁷⁵. En effet, y est pour la première fois reconnue la compétence des autorités administratives de supprimer l'exercice de libertés publiques pourtant consacrées par le législateur³⁷⁶.

Sans doute conscient des conséquences liberticides d'une telle jurisprudence, le juge administratif l'a transformé en principe libéral guidant le contrôle des restrictions apportées aux libertés publiques par l'administration. De cette façon, en droit administratif français, l'arrêt *Benjamin* est devenu le principe général du droit qui consacre le principe de la nécessité de mesures de police limitant l'exercice d'une liberté publique. Cependant, afin qu'une mesure administrative d'interdiction d'exercer une liberté publique soit légale, le Conseil d'État vérifie, d'une part, qu'il existe de graves troubles à l'ordre public et, d'autre part, qu'il y ait une impossibilité de prévenir ces troubles par des mesures de police les moins attentatoires à la liberté en cause³⁷⁷.

En l'espèce, il s'agissait d'un arrêté interdisant une réunion que voulait organiser le conférencier polémiste René Benjamin. Saisi pour se prononcer sur cet acte, le Conseil d'État considéra que s'il incombe au maire, en tant que gardien de l'ordre public, de veiller à sa sauvegarde, il doit cependant concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion garantie par la loi du 30 juin 1881. La

³⁷⁴ Par exemple, voir : François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF 1^{ère} éd, 1995, à la p. 377.

³⁷⁵ Katia Weidenfiel, « L'affirmation de la liberté d'expression. Une œuvre de la jurisprudence administrative ? » (2003) RFDA 1074.

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ CE, 1933, *Benjamin*, considérant 5 : « qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ».

décision du maire contestée se fondant sur le fait que la venue du conférencier était de nature à troubler l'ordre public, le Conseil d'État évalua, *in concreto*, le degré de gravité de l'éventuel trouble. La haute juridiction administrative conclut finalement que l'arrêté d'interdiction du maire était entaché d'excès de pouvoir au motif qu'il n'était pas justifié dans ce cas ; d'une part, parce que le degré de risque de troubles matériels à l'ordre public n'était pas suffisamment avéré et, d'autre part, parce que le maire disposait de forces de police suffisantes pour faire face à une éventuelle atteinte à l'ordre public. Dans cet arrêt, il est manifeste que le Conseil d'État s'est exclusivement référé à un ordre public « matériel et extérieur » en laissant ainsi de côté des considérations relatives au message que voulait transmettre le conférencier ; un message polémique pourtant à l'origine des menaces de troubles à l'ordre public exprimées par ses opposants³⁷⁸.

Ainsi, c'est au nom du principe général de nécessité de mesures de police administrative proportionnées afin de garantir l'ordre public dégagé dans l'arrêt *Benjamin* que de nombreux arrêtés municipaux d'interdiction de réunion du Front national ont été annulés au motif d'une absence de réels risques de troubles à l'ordre public matériel et extérieur qui ne pourraient être contenus par les forces de police dont dispose l'autorité municipale³⁷⁹. Ce principe de nécessité des mesures de police

³⁷⁸ En l'espèce le maire de Nevers avait décidé d'interdire la conférence de René Benjamin sur le sujet « Deux auteurs comiques : Courteline et Sacha Guitry », en réponse aux nombreuses protestations de syndicats d'instituteurs qui reprochaient alors au conférencier de les ridiculiser.

³⁷⁹ Par exemple, voir : CE, 29 décembre 1997, n° 164299, *Maugendre*. Ici, le refus de location d'une salle opposé par le maire de Rennes à la demande formulée par le secrétaire du Front national est illégal dans la mesure où cette réunion ne menaçait pas l'ordre public dans des conditions telles que l'autorité administrative ne puisse pas prendre des mesures moins attentatoires qu'une interdiction.

TA Paris, 16 décembre 1994, n° 9307692/4, *Le Front national* : annulation de l'arrêté du maire de Châtillon du 16 décembre 1994 interdisant une réunion publique projetée en présence de Jean Marie Le Pen ; CE, 29 décembre 1995, n° 129759, *Association le Front national* : annulation en appel de l'arrêté du maire d'Aix-en-Provence du 22 mai 1990 interdisant la tenue d'une réunion du Front national. TA Paris, 7 mai 1986, n° 63105 et 63106/4, *Association le Front national, section de Chartres c. Ville de Chartres* : annulation de la décision du 5 décembre 1985 du maire de Chartres rejetant la demande de réservation d'une salle de l'Hôtel de ville pour une réunion publique du Front national le 14 février 1986 ; CAA Nantes, 24 juin 1999, n° 96NT00832, *Penelle* : annulation en appel de la décision du 18 mai 1993 du maire de Saint Étienne du Rouvray refusant de mettre à la disposition du Front national une salle municipale pour y tenir une réunion publique à l'occasion des élections du 6 juin 1993 au Conseil

administrative en vue de préserver l'ordre public a été transposé en matière de manifestation dans l'arrêt *Ministre de l'intérieur c/ Association « Communauté tibétaine en France et ses amis »*³⁸⁰. En l'espèce, une interdiction générale de manifester sur l'ensemble du territoire de la ville de Paris, à l'occasion de la visite en France du président de la République populaire de Chine, avait été décidée. L'acte en question a été annulé par le Tribunal administratif de Paris en ce qu'une telle interdiction « *excédait dans les circonstances de l'espèce les mesures qui auraient été justifiées par les nécessités du maintien de l'ordre public* ». Ce jugement a été confirmé par le Conseil d'État le 12 novembre 1997. Dans cet arrêt, le juge administratif rappelle son attachement à une acception matérielle et restrictive de l'ordre public en matière de limitation des libertés publiques. En effet, il précise que le risque « *d'atteinte aux relations internationale de la République* » doit être exclu des motifs pouvant justifier une interdiction de manifester dès lors que la protection des intérêts internationaux ne relève pas de l'ordre public matériel et extérieur sur lequel se fonde la compétence de police administrative.

Plus récemment, le Conseil d'État a réaffirmé sa conception matérielle et extérieure du risque de trouble à l'ordre public susceptible de fonder une mesure d'interdiction de l'exercice de la liberté de réunion et d'expression dans un arrêt *Cournon d'Auvergne* du 5 février 2015 relatif à une interdiction préventive d'un spectacle de l'humoriste Dieudonné. Alors qu'en 2014, le Conseil d'État s'était dangereusement éloigné d'une approche matérielle et extérieure de l'ordre public pour confirmer certaines interdictions préventives de ce même spectacle, en 2015 il semble que le juge administratif ait voulu « corriger le tir » en reprenant ni plus ni moins le raisonnement de l'arrêt *Benjamin* et ainsi réaffirmer le caractère exclusivement matériel

général de la Seine Maritime ; CAA Bordeaux, 17 janvier 2000, n° 96BX01719 : annulation en appel de la décision du maire d'Auch du 25 février 1996 refusant de louer une salle au château de Saint Cricq pour la tenue d'une réunion politique le 20 mars 1996, en présence d'une personnalité membre du bureau politique du Front national.

³⁸⁰ CE, 12 novembre 1997, n° 169295, *Ministre de l'Intérieur c. Assoc. « Communauté tibétaine de France et ses amis »*.

et extérieur de l'ordre public pouvant fonder une mesure d'interdiction administrative d'exercer une liberté consacrée³⁸¹. Ainsi, en l'espèce, le Conseil d'État a considéré que la solution de l'interdiction du spectacle en question n'était pas justifiée « *dans la mesure où le maire n'a pas apporté d'éléments suffisants pour étayer son argument selon lequel les mesures de sécurité nécessaires à la tenue d'un tel spectacle ne pourraient être prises* »³⁸².

Section 2. La tentation d'un glissement vers un régime d'autorisation préalable de manifestation

À travers le régime de déclaration préalable de manifestation et le pouvoir d'interdiction qu'il permet, les autorités administratives françaises et espagnoles ont pu se sentir investies d'un pouvoir d'interdiction préventive de manifester lorsque l'objet de celle-ci est illégal et pénalement sanctionné. Or, ni les autorités administratives françaises ni les autorités administratives espagnoles ne disposent juridiquement d'un pouvoir général de prévention des infractions pénales. En droit canadien, la province conserve une compétence d'interdiction de manifester en vue de *prévenir* la commission d'infractions. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une compétence générale de créer des infractions criminelles qui relève du *Code criminel*, donc du niveau fédéral, une confusion a pu surgir lorsque l'interdiction de manifester concerne à la fois des infractions sanctionnées par le *Code criminel* fédéral et des infractions provinciales (A). Le pouvoir d'interdiction préventive de manifester est susceptible de faire resurgir une acception immatérielle de la notion d'ordre public. Au XIX^e siècle, il était courant de retrouver parmi les éléments de protection de l'ordre public la notion de société démocratique envisagée en tant que société pluraliste et tolérante, une approche qui a entraîné le déclin des censures préalables d'expression fondées sur la protection de la moralité publique. Toutefois, c'est sans compter sur l'introduction par le juge

³⁸¹ Pierre Bon, « Le but de la police administrative générale après l'affaire Dieudonné » (2016) RFDA 791.

³⁸² Elodie Saillant- Maraghni, « Interrogation sur la nouvelle ordonnance Dieudonné » (2015) AJDA 1658-1659.

administratif français de la dignité humaine parmi les composantes de l'ordre public dont la protection peut justifier une mesure d'interdiction de manifester (B).

A. La tentation d'un glissement vers une compétence générale de prévention des infractions pénales des autorités administratives

1. L'absence de compétence générale de prévention d'infractions pénales

En droit espagnol, une interdiction préventive de manifester prise par une autorité administrative sur le seul motif de l'illégalité du message qu'elle vise à transmettre serait non seulement dénuée de fondement constitutionnel mais également en totale contradiction avec l'interdiction expresse de censure préalable de la liberté d'expression prévue à l'article 20.2 de la *Constitution espagnole*. De ce fait, même si selon le Tribunal suprême espagnol, les autorités administratives disposent de la compétence de décider quand une manifestation est susceptible d'engendrer un délit pénalement sanctionné³⁸³, celles-ci ne sont juridiquement pas habilitées à interdire la tenue d'une manifestation en raison d'une suspicion de transmission d'un message pénalement réprimé. De la même manière, lorsque les juges des référés du Conseil d'État français confirment la légalité d'un arrêté d'interdiction préventive de manifester du fait du caractère discriminatoire du message transmis à travers la distribution d'aliments contenant du porc³⁸⁴, tout comme celui d'un spectacle humoristique exprimant des propos négationnistes et antisémites³⁸⁵, ils sous-entendent que l'illégalité d'une telle manifestation réside dans le risque d'exprimer un message

³⁸³ Antonio Faros Loras, « El derecho de reunión y manifestación: régimen jurídico » (1994) 4 Revista aragonesa de administración pública (RARAP) 100.

³⁸⁴ CE ord., 5 janvier 2007, n° 300311, *Ministre de l'Intérieur c. Association « Solidarité des français »*. La volonté de discrimination à des fins d'exclusion xénophobe était manifeste dès lors que l'on pouvait lire sur le site Internet de l'association : « *Seule condition requise pour manger avec nous : manger du cochon. [...] Bien faire comprendre que nous n'avons déjà pas assez pour les nôtres. Attention, fromage, dessert, café, vêtements, friandises vont avec la soupe au cochon : pas de soupe, pas de dessert. Le seul mot d'ordre de notre action : les nôtres avant les autres* ».

³⁸⁵ CE ord., 9 janvier 2014, n° 374508, *Ministre de l'intérieur c. Société les productions de la plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, au considérant 6 :

« [...] qu'il appartient en outre à l'autorité administrative de prendre des mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises [...] ».

au contenu illégal³⁸⁶. Or, la volonté affichée de commettre un délit pénalement sanctionné envers ceux qui ont une religion interdisant la consommation de porc³⁸⁷ ne suffirait *a priori* pas à fonder la légalité d'une interdiction préventive de l'exercice de la liberté d'expression.

En Espagne, la compétence de l'autorité administrative doit aussi se borner à l'appréciation des risques d'atteinte à l'ordre public mettant en danger la sécurité des personnes et des biens et en aucun cas elle détient la compétence d'apprécier le caractère illicite du message transmis par une manifestation ; une telle compétence revient exclusivement au juge pénal.

Pourtant, dans le contexte de l'interdiction du parti politique *Batasuna*, des mesures d'interdiction ont été prise par les autorités administratives afin d'empêcher la tenue de rassemblements en soutien au parti indépendantiste basque interdit. En effet, en vertu de la décision d'interdiction qui frappait le parti politique *Batasuna*, toutes ses activités devenaient illégales, y compris les manifestations organisées en sa faveur. Néanmoins, même si une manifestation en soutien à *Batasuna* est susceptible d'être considérée comme illégale, à la condition de pouvoir prouver un lien direct entre ses organisateurs et le parti politique, lorsque l'autorité administrative interdit préventivement une telle manifestation, elle excède largement son pouvoir qu'elle tire du régime de déclaration préalable. En effet, celui-ci étant strictement limité aux risques d'atteinte à l'ordre public mettant en danger la sécurité des personnes et des biens, l'autorité administrative ne dispose d'aucune compétence pour empêcher l'expression d'un parti politique, même lorsque celui-ci est frappé d'interdiction. Au sein du système constitutionnel espagnol, l'autorité administrative n'est investie d'aucun pouvoir d'interdiction préventive de messages au contenu illégal.

³⁸⁶ Article 225-1 du *Code pénal* français.

³⁸⁷ CE ord., 5 janvier 2007, précit.

Il est possible d'observer pareille confusion en droit français où l'autorité administrative se pense investie d'un pouvoir d'interdiction préventive d'une expression susceptible d'être illégale.

En 2014, une série d'interdictions préventives de spectacle de l'humoriste controversé Dieudonné ont été prononcées. Dans une circulaire en date du 6 janvier 2014, le ministre de l'Intérieur français de l'époque, Manuel Valls, rappela la nécessité, pour les autorités compétentes, d'interdire la représentation du spectacle en tournée dans toute la France³⁸⁸. Pour le ministre, une telle interdiction à caractère général et national se fondait sur l'existence de condamnations pénales antérieures sanctionnant des propos identiques à ceux susceptibles d'être tenus lors du spectacle en question. À la suite de cette circulaire adressée à tous les préfets de France, le premier soir de la tournée du spectacle « Le Mur » de Dieudonné, le préfet de Loire-Atlantique a décidé d'interdire la représentation prévue à Saint-Herblain en vertu de ses pouvoirs de police administrative générale. Toutefois, une circulaire ne pouvant fonder à elle seule les pouvoirs de police des préfets, le tribunal administratif de Nantes, retenant une conception matérielle et extérieure de l'ordre public, a suspendu l'arrêté d'interdiction en considérant qu'elle n'était pas justifiée au motif que le préfet disposait des moyens nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre public³⁸⁹. En ce sens, le juge des référés considère qu'une telle interdiction préventive de la tenue d'un spectacle constituait une atteinte grave à la liberté d'expression et qu'en l'absence de toute justification, comme c'est le cas en l'espèce, cette atteinte est manifestement illégale. Saisi en appel en urgence par le ministre de l'Intérieur, le Conseil d'État a annulé l'ordonnance rendue par le tribunal administratif³⁹⁰. Le même dispositif a été retenu le lendemain et le surlendemain par le juge des référés du Conseil d'État statuant en appel à propos d'interdictions prononcées par les maires de Tours et d'Orléans pour le même

³⁸⁸ Circulaire du ministre de l'Intérieur du 6 janvier 2014.

³⁸⁹ TA Nantes, ord., 9 janvier 2014, au considérant 9.

³⁹⁰ CE. ord., 9 janvier 2014, précit.

spectacle³⁹¹. La haute juridiction administrative a jugé que ces interdictions étaient légales en considérant notamment qu'il appartient à l'autorité administrative de prendre les mesures nécessaires de nature à éviter que des infractions pénales soient commises. Ici, le Conseil d'État a donc validé le raisonnement avancé par le ministre de l'Intérieur selon lequel les maires et les préfets disposeraient d'un pouvoir exceptionnel d'interdiction préventive d'une expression publique lorsque cette interdiction intervient à la suite de représentations ayant déjà donné lieu à la constatation d'infractions pénales et qu'en dépit de condamnations précédentes, les propos pénalement sanctionnés sont susceptibles d'être réitérés.

2. La compétence de prévention des infractions pénales liées à des troubles à l'ordre public

En droit canadien, les législateurs provinciaux, à travers les pouvoirs municipaux, disposent d'un pouvoir de prévention des infractions pénales.

Dès 1883, dans l'affaire *Hodge c. La Reine*³⁹², le Conseil privé avait affirmé la constitutionnalité de règlements municipaux dès lors qu'il s'agissait «[traduction] *de règlements municipaux ou de police d'un caractère purement local et ayant pour but de préserver dans les limites de la municipalité, la paix... et de réprimer... la conduite désordonnée et tumultueuse* ». Il était donc déjà admis en droit canadien que si le droit criminel est une matière qui relève du parlement fédéral du Canada, son application - l'élimination du crime et des troubles à l'ordre public - relève de la responsabilité des provinces directement ou par l'intermédiaire des municipalités. Les arrêts *Bédard c. Dawson*³⁹³ et *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*³⁹⁴ sont venus confirmer que la suppression des conditions susceptibles de favoriser le crime relève de la compétence provinciale. C'est ainsi que la Cour suprême a admis la constitutionnalité d'une

³⁹¹ CE 10 janv. 2014, n° 374528, *Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala* ; CE 11 janv. 2014, n° 374552, *Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*.

³⁹² *Hodge v. R* [1883] AC 117.

³⁹³ *Bédard c. Dawson* [1923] RCS 681

³⁹⁴ *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal* [1978] 1 RCS 15

interdiction préventive et générale de manifester décidée par une ordonnance de la Ville de Montréal en 1969³⁹⁵. Cette mesure se fondait sur un règlement municipal qui donnait compétence au comité exécutif de la ville de prendre des mesures en vue d'empêcher des manifestations lorsqu'il existait des motifs raisonnables de croire que leur tenue causerait du tumulte en mettant en danger la sécurité, la paix ou l'ordre publics. Parmi ces mesures, le comité exécutif pouvait notamment interdire, pour une période déterminée sur tout ou une partie du domaine public de la ville, l'organisation de toute manifestation. En l'espèce, le 12 novembre 1969, la Ville de Montréal édicta une ordonnance interdisant la tenue de toute manifestation sur le domaine public de la ville pour une période de 30 jours. Pour la Cour suprême, le règlement sur lequel se fondait la mesure d'interdiction portait sur une matière purement locale. Ainsi, le fait qu'une telle interdiction concerne l'utilisation du domaine public - en l'occurrence les rues et les parcs -, d'une part, et qu'elle s'applique pour une période et une zone géographique déterminées, d'autre part, confirmaient d'après la Cour qu'il s'agissait bien d'une réglementation relevant de la compétence provinciale³⁹⁶.

Par ailleurs, selon la Cour suprême, une interdiction générale et préventive de manifester n'est pas une mesure punitive qui relève de la compétence gouvernementale fédérale en matière criminelle. En l'espèce, les juges canadiens ont estimé que l'interdiction générale et préventive ne portait pas atteinte à la liberté d'expression de manière à la faire tomber sous la juridiction fédérale en matière de droit criminel dès lors qu'elle s'appliquait à toutes les manifestations, sans distinction au regard du message transmis. Ainsi, une telle mesure n'incriminait aucune expression en fonction du contenu exprimé, comme cela avait été le cas dans les arrêts *Saumur*³⁹⁷ et *Switzman*³⁹⁸ qui portaient sur des interdictions visant des contenus particuliers ; des mesures qui relèvent de la compétence du parlement fédéral. Ici, l'interdiction ne visait

³⁹⁵ *Dupond c. Ville de Montréal* [1978] 2 RCS 770.

³⁹⁶ *Ibid.*, à la p. 791.

³⁹⁷ *Saumur v. City of Québec* [1953] 2 RCS 299.

³⁹⁸ *Switzman v. Elbing*, précité.

pas à censurer un message spécifique mais seulement à éviter une atteinte à la paix publique ; une mission qui relève effectivement de la compétence provinciale.

Puis, avec les années, comme on l'a déjà relevé, la théorie du *double aspect* a permis qu'une législation provinciale puisse concerner une question déjà encadrée par une disposition du Code criminel – mais sous un autre aspect que celui fédéral -- dans la mesure où cette théorie implique que la compétence fédérale ne fait pas obstacle à l'exercice d'une compétence provinciale. Ainsi, le fait qu'une interdiction générale et préventive de manifester concerne des comportements susceptibles d'être sanctionnés par le Code criminel n'écarte pas la compétence provinciale pour prendre ce genre de mesure. En vertu de la théorie du *double aspect*, dans la limite de ses compétences, une province peut exercer son pouvoir législatif dans une matière de manière à compléter une loi fédérale portant sur la même matière. Ainsi, en l'absence de garantie supra-législative de la liberté d'expression qui s'imposerait à la compétence provinciale de limitation de celle-ci, en 1978, dans l'affaire *Dupond c. Ville de Montréal*, rien ne s'opposait à ce que le droit provincial prévoit une compétence pour la municipalité d'interdire préventivement et de manière générale toute manifestation pour une période et sur une zone déterminées, en vertu notamment de la compétence provinciale en matière de prévention des troubles à l'ordre public. Aujourd'hui, l'article premier de la *Charte canadienne* pose des limites aux compétences de limitation des droits et libertés constitutionnellement reconnus. Ainsi, même si la province conserve une compétence d'interdire les manifestations en vue de prévenir les infractions liées à des troubles à l'ordre public, cette compétence est néanmoins strictement délimitée par l'exigence du critère raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique posé par l'article premier de la *Charte canadienne*.

Au sein de l'ordre normatif français, le lien entre police administrative et droit pénal est depuis longtemps affirmé³⁹⁹. Toutefois, en matière d'ordre public, la voie

³⁹⁹ Gilles Le Chatelier, « L'ordre public, une notion nécessairement évolutive. L'« affaire Dieudonné » », AJ Collectivités territoriales 2014.157 p.159

administrative poursuit une finalité préventive de maintien de l'ordre public⁴⁰⁰ et en aucun cas il devrait donc s'agir d'une reconnaissance de compétence générale de prévention de toutes les infractions pénales aux autorités. Pourtant, tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d'État nourrissent une certaine confusion à cet égard. Dans une décision du 19 janvier 2006, le Conseil constitutionnel a effectivement précisé que les mesures de police administrative ont pour finalité « *de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions* »⁴⁰¹. Le Conseil d'État, quant à lui, « *a déjà jugé que la circonstance que des faits donnés soient incriminés par le code pénal ne faisait pas obstacle à l'exercice des pouvoirs de police administrative pour édicter, à titre préventif, les mesures qu'ils appelaient pour protéger l'ordre public* »⁴⁰². Une fois de plus, une confusion quant au contenu de l'ordre public entraîne irrémédiablement une confusion quant à la délimitation des compétences à son égard.

En droit français, le pouvoir d'interdiction relevant des compétences générales de la police municipale énoncées à l'article L. 2212-2 du *Code général des collectivités territoriales* (ancien article 97 de la loi du 5 avril 1884)⁴⁰³, une interdiction préventive de l'expression d'un message est difficilement envisageable en ce que l'ordre public est limité, à l'instar de ce que prévoit l'article 21.2 de la *Constitution espagnole*, à son aspect strictement matériel. Il en va de même en droit canadien : la province dispose d'une compétence de prévention des infractions mais celle-ci est strictement limitée à son domaine de compétences et n'est donc, en aucun cas, une reconnaissance de

⁴⁰⁰ Pauline Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, op. cit., aux p. 71 et s.

⁴⁰¹ Cons. const., 19 janvier 2006, n° 2005-532 DC, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, au considérant 5, Rec. Const. const., à la p. 31

⁴⁰² Pierre Bon, « Le but de la police administrative générale après l'affaire Dieudonné », op. cit., à la p. 793 ; CE, 24 juin 1960, n° 42289 *Société Frampar*, Lebon, à la p. 412 ; CE, 20 décembre 1985, n° 68467, *SARL « éditions du Pharaon »*, Lebon ; CE Ass., 6 décembre 1996, *Société Lambda*, Lebon, à la p. 466.

⁴⁰³ Article L. 2212-2 du *Code général des collectivités territoriales* :

« La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, sûreté, sécurité et salubrité publiques ».

compétence générale de prévention de toutes les infractions, notamment les interdictions pénales d'expression.

Par conséquent, lorsque l'autorité investie d'un pouvoir d'interdiction préventive de manifester l'utilise pour empêcher une manifestation parce qu'elle vise à transmettre un message pénalement sanctionné, il s'agit ni plus ni moins d'un détournement de pouvoir⁴⁰⁴. En effet, dans ce cas, elle exerce sa compétence pour une fin autre que celle pour laquelle cette attribution lui a été assignée.

Ainsi, il est possible que soient prises des mesures d'interdiction préventive de manifester au niveau provincial selon le droit canadien, néanmoins celles-ci ne peuvent se fonder sur une compétence générale en matière criminelle, absente de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle* de 1867 ; elle se fondent sur une compétence de prévention des infractions qui elle, relève du domaine de compétence des provinces.

B. La tentation d'une protection d'un ordre public immatériel

1. Le déclin de la protection de la morale publique comme fondement des mesures d'interdiction de manifester

En droit français, la moralité publique figurait parmi les principaux buts de la police administrative au début du XX^e siècle. De multiples arrêtés municipaux ont ainsi été pris en vue d'interdire le proxénétisme ou de fermer des établissements qui étaient considérés comme des lieux de débauche⁴⁰⁵. Les arrêts rendus par le juge administratif en la matière évoquaient alors la protection « *du bon ordre et de la moralité publique*

⁴⁰⁴ Georges Xynopoulos définit le détournement de pouvoir comme le moyen permettant de censurer l'utilisation intentionnelle par une autorité de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils lui ont été conférés. Voir Georges Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France en Allemagne et en Angleterre*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1993, à la p. 64.

⁴⁰⁵ CE, 19 mai 1905, n° 15813, *Mme Juvenon*, Lebon, à la p. 448 ; CE, 28 juill. 1905, n° 11328, *Gay*, Lebon, à la p. 685 ; CE, 22 mars 1907, n° 17949, *Mme Delpech*, Lebon, à la p. 279 ; CE, 17 déc. 1919, *Chambre syndicale des marchands de vin et liquoristes de Paris*, Lebon, à la p. 990 ; CE, 11 avr. 1913, n° 42823, *Mmes Langier*, Lebon, à la p. 388 ; CE, 11 mars 1925, *Sieur Vanlaer*, Lebon, à la p. 252 ; CE, 19 juill. 1933, *Dame Belin*, Lebon, à la p. 792 ; CE, 3 janv. 1945, *Brosse*, Lebon, à la p. 297.

». Il en allait de même s'agissant des mesures de police relatives aux débits de boissons, de l'interdiction de projections cinématographiques susceptibles de provoquer des désordres ou d'être « *dangereuses pour la moralité publique* »⁴⁰⁶, de la prohibition des combats de boxe susceptibles d'être « *contraires à l'hygiène morale* »⁴⁰⁷, ou encore de l'interdiction faite aux baigneurs de se déshabiller sur la plage et de circuler en costume de bain afin d'« assurer le maintien du bon ordre et de la décence »⁴⁰⁸. C'est en matière de police des films que la protection de la moralité publique a le plus manifestement atteint la liberté d'expression. Ainsi, le Conseil d'État a admis qu'un maire pouvait, même lorsque le ministre en charge du cinéma avait accordé un visa d'exploitation, interdire une projection sur le territoire de sa commune si celle-ci « *est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public* »⁴⁰⁹. La légalité de telles mesures de police municipale est admise lorsque celles-ci visent à lutter contre l'immoralité publique au regard des circonstances locales⁴¹⁰.

Même dans l'arrêt *Société « Les films Lutétia »*, le Conseil d'État a affirmé qu'un maire peut interdire un film en l'absence de troubles matériels et extérieurs mais seulement en se fondant sur des troubles d'ordre moral, un tel pouvoir administratif de censure est en effet strictement limité à la considération de circonstances locales⁴¹¹.

La protection de la moralité publique, qui était l'une des missions de la police administrative, ne peut être admise que si elle renvoie à une notion contingente et tributaire des circonstances de temps et de lieu, de sorte que si l'autorité administrative est habilitée à censurer le contenu de l'expression d'une manifestation

⁴⁰⁶ CE, 3 avr. 1914, *Astaix, Kastor et autres*, Lebon, à la p. 447.

⁴⁰⁷ CE, 7 nov. 1924, *Club indépendant sportif châlonnais*, Lebon, à la p. 863 ; D. 1924.III.58, concl. Cahen-Salvador.

⁴⁰⁸ CE, 30 mai 1930, *Beaugé*, Lebon, à la p. 582.

⁴⁰⁹ CE, 18 déc. 1959, n° 36385, *Société « Les films Lutetia » et syndicat français des producteurs et Exportateurs de films*, Lebon, à la p. 693.

⁴¹⁰ Pierre Bon, « Le but de la police administrative générale après l'affaire Dieudonné », op. cit., à la p. 794.

⁴¹¹ Ibid.

indépendamment de troubles extérieurs, ce pouvoir doit être borné aux circonstances particulières qui délimitent ses compétences en matière de police administrative.

En droit constitutionnel canadien, la question de la compétence provinciale de censure de la liberté d'expression pour des raisons morales s'est déjà posée à propos de lois de censure de films⁴¹². De prime abord, on pourrait croire qu'une norme qui définit ce qui est décent ou indécent ou obscène, ce qui peut moralement être montré au public incrimine un comportement et relève donc *a priori* de la compétence exclusive du parlement fédéral en droit criminel⁴¹³. Néanmoins, la moralité n'est pas un domaine relevant automatiquement de la matière criminelle. En effet, en droit canadien, la province conserve la compétence de censurer la diffusion de films sur son territoire dès lors que la législation provinciale posant des normes de moralité publique ne se confond pas avec la compétence fédérale en matière de criminalité. Dans ce dernier cas, la législation provinciale serait *ultra vires*. Par conséquent, à l'instar de ce que prévoit le droit français, la moralité publique doit ici être envisagée au regard des circonstances locales particulières. En effet, la protection de la moralité publique ne figure pas parmi les matières provinciales explicitement énumérées à l'article 92 de la *Loi constitutionnelle* de 1867 ; en revanche, si elle se limite à une considération des circonstances locales, la protection de la moralité publique est susceptible de relever d'une matière purement locale visée à l'article 92 (16).

Ainsi, en vertu du pouvoir de sanction de la province dans ce cas, une manifestation pourrait être interdite au motif qu'elle cherche à transmettre un message indécent ou contraire aux bonnes mœurs venant troubler le « bien-être » de la localité au regard de circonstances locales⁴¹⁴.

⁴¹² *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil* [1978] 2 SCR 622.

⁴¹³ *Switzman v. Elbing and A.G. of Quebec* [1957] 285, à la p. 320 :

« En l'espèce, la matière de la disposition principale -- la prohibition de la propagande communiste -- n'est certes pas une qui en soi tombe dans la catégorie des sujets énumérés en l'art. 92 comme étant de la compétence de la Législature. Seul le Parlement, légiférant en matière criminelle, a compétence pour décréter, définir, défendre et punir ces matières d'un écrit ou d'un discours qui, en raison de leur nature, lèsent l'ordre social ou la sécurité de l'État. Tels sont, par exemple, les libelles diffamatoires, obscènes, blasphématoires ou séditieux. Dans ces cas, il ne s'agit plus de lésion de droits individuels donnant droit à compensation monétaire. Il s'agit de lésion des droits de la société, emportant punition ».

⁴¹⁴ *114957 Canada Lté (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)* 2001 CSC 40.

Néanmoins, depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui est venue restreindre le pouvoir de limitation de l'exercice de la liberté d'expression, il est difficile d'admettre qu'une mesure visant à protéger la moralité publique soit une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte* ; ce d'autant plus que les juges canadiens imposent une *neutralité substantielle* à l'égard de la protection de la liberté d'expression.

En droit français, la référence à la moralité publique comme but de la police municipale semble également être en déclin⁴¹⁵. À l'été 2016, dans un contexte d'attentats islamistes, des maires n'ont pas hésité à prendre des mesures d'interdiction du burkini sur les plages de leur commune pour une durée limitée durant la saison estivale. Bien que, d'une part, les pouvoirs de police du maire puissent viser l'interdiction du port de certaines tenues vestimentaires à l'aune de normes de décence et que, d'autre part, l'interdiction soit strictement limitée en l'espèce à certaines circonstances de temps et de lieu, la mesure était *ultra vires*. En effet, le juge administratif a pu relever que l'interdiction du port du burkini ne visait pas une norme de décence au sens classique de la moralité publique⁴¹⁶ mais bien l'affichage en public de l'adhésion à une religion. L'arrêt du juge des référés du Conseil d'État du 26 août 2016⁴¹⁷ confirme que si le maire peut, conformément à ses pouvoirs de police administrative, interdire l'exercice d'une liberté publique en vue de protéger l'ordre public pour des motifs d'hygiène et de décence, il ne lui revient pas de définir ce qui est décent et ce qui ne l'est pas.

2. La confirmation d'un régime d'autorisation de manifester en droit français à travers la sauvegarde d'un ordre public indéterminé

⁴¹⁵ Pierre Bon, « Le but de la police administrative générale après l'affaire Dieudonné », *op. cit.*, à la p. 795.

⁴¹⁶ En effet, traditionnellement, le respect des bonnes mœurs a toujours été utilisé comme un argument pour empêcher les individus de trop se découvrir, or, dans l'affaire du *burkini* il était interdit aux femmes de trop se couvrir.

⁴¹⁷ CE, Juge des référés, formation collégiale, 26 août 2016, 402742, Publié au recueil Lebon

La censure préalable d'une expression en vue de la protection de la moralité publique, courante au XIX^e siècle, est aujourd'hui largement tombée en désuétude ; en particulier depuis l'avènement des garanties de la liberté d'expression dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En France, en Espagne comme au Canada, la notion de « société démocratique » se définit par « *le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture* »⁴¹⁸ ; une acception qui implique une approche *lato sensu* des contenus protégés par la liberté d'expression et une restriction maximale de la censure au nom de la moralité publique.

La liberté d'expression, en permettant une libre circulation des idées, apparaît en ce sens comme une condition *sine qua non* de l'établissement d'une société démocratique⁴¹⁹.

L'importance du pluralisme des idées et des opinions a largement été admise en matière de communication. À ce titre, l'article 20.3 de la *Constitution espagnole* consacre le respect du pluralisme de la société. À défaut d'une telle reconnaissance explicite dans la *Constitution française*, c'est le Conseil constitutionnel qui a consacré les principes de « *pluralisme des courants d'expression socioculturels* »⁴²⁰ et de « *pluralisme des courants de pensées et d'opinion* » en tant qu'« objectifs de valeur constitutionnelle »⁴²¹. Pour le juge constitutionnel, le respect du pluralisme des opinions est une « *condition de la démocratie* »⁴²².

⁴¹⁸ *Handyside c. Royaume Uni*, 5493/72, 1976. Série A n 24, CEDH, au para 49 ; *Irwin Toy Ltd. c. Québec*, précit., à la p. 976.

⁴¹⁹ Gérard Cohen Jonathan, « Article 10 » dans Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, op. cit., à la p. 366.

⁴²⁰ Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, au para 11.

⁴²¹ Cons. const., 1^{er} juillet 2004, n° 2004-497 DC, *Loi relative aux communication électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, au para 23 ; Cons. const., 27 février 2007, n° 2007-550 DC, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, au para 15.

⁴²² Cons. const., 11 janvier 1990, n° 89-271 DC, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, au para 12 ; Cons. const., 1^{er} juillet 2004, n° 2004-497 DC, *Loi relative aux communication électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, au para 23 ; Cons. const., 27 février 2007, n° 2007-550 DC, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, au para 15.

La liberté d'expression dans le cadre d'une société démocratique doit être au service du pluralisme des courants de pensées et d'opinions, ce dernier impliquant « *la nécessité de représenter, dans l'intérêt de la démocratie un large éventail d'opinions politiques différentes* ». À cet égard, la liberté d'expression « vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population »⁴²³. Le Tribunal constitutionnel espagnol a quant à lui reconnu, dans une décision en date du 29 janvier 1982⁴²⁴, que les manifestations trouvent leur raison d'être dans le fait de provoquer un sentiment auprès de l'opinion publique (que ce soit un rejet ou une approbation). C'est en ce sens que la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Plattform Artze Für Das Leben c. Autriche*⁴²⁵, a posé le principe selon lequel une manifestation ne peut être interdite pour le simple motif d'un risque de contre-manifestation⁴²⁶. En effet, par nature, une manifestation peut donner lieu à des mécontentements, voire des heurts, de la part d'une partie de l'opinion publique susceptible d'être hostile au message qu'elle promeut (en l'espèce, il s'agissait d'une association s'opposant à l'avortement) ; pour autant, nous dit la Cour de Strasbourg :

« les participants doivent pouvoir organiser une manifestation pacifique afin de jouir de leur droit de s'exprimer collectivement, sans avoir à redouter des brutalités que leur infligeraient leurs adversaires. En effet, car de telles craintes risquerait de dissuader les associations ou autres groupes défendant des opinions ou intérêts communs. Dans une démocratie, le droit de contre-manifester ne saurait toutefois aller jusqu'à paralyser l'exercice du droit de manifester »⁴²⁷.

Par exemple, même si l'homosexualité est encore difficilement acceptée dans certains États signataires de la *Convention européenne*, un État partie pourra difficilement justifier une interdiction de manifestation contre l'homophobie en raison

⁴²³ *Handyside c. Royaume Uni*, précit., au para 49.

⁴²⁴ STC, 2/1982, 29 janvier 1982.

⁴²⁵ *Plattform Artze für das Leben c. Autriche*, 21 juin 1988, CEDH, n° 10126/82.

⁴²⁶ « *La pratique de la contre-manifestation trouve sa définition en ce qu'elle consiste pour des personnalités ou des groupements opposés à ceux qui organisent la réunion à appeler leurs sympathisants à entraver le déroulement normal de celle-ci* ». Jean Morange, *Droits de l'Homme et libertés publiques*, Paris, PUF, 2000, à la p. 212.

⁴²⁷ *Plattform Artze für das Leben*, 21 juin 1988, CEDH, au para 32.

des risques de heurts qu'un tel message peut provoquer au sein de sa population⁴²⁸. Au vu de l'importance d'un débat ouvert au sein d'une société démocratique, les discours publics tels que ceux portés par les manifestations sont susceptibles de bénéficier d'un plus fort degré de protection⁴²⁹.

Ainsi, si les États parties conservent un pouvoir d'interdiction préventive de manifester afin de protéger un ordre moral, celui-ci ne peut se fonder sur le simple risque de réactions d'autrui vis à vis du message transmis par les manifestants.

En droit français, bien que la moralité publique puisse rompre avec une approche matérielle et extérieure de l'ordre public, sa protection conditionnée à la prise en considération de circonstances de temps et de lieu pouvait la rattacher aux compétences en matière de police administrative prévues à l'article L. 2212-2 du *Code général des collectivités territoriales*. En revanche, la reconnaissance de la dignité humaine en tant que composante de l'ordre public par la haute juridiction administrative se rattache difficilement au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publique dont la garantie constitue la finalité des pouvoirs de police administrative.

Dans l'arrêt *Morsang sur Orge*, le Conseil d'État a écarté toute référence à l'ordre public matériel et extérieur en laissant de côté les « circonstances locales ». Dans ce célèbre arrêt de 1995, la haute juridiction administrative a recouru à la notion d'ordre public afin d'interdire un « lancer de nain » qu'elle estimait moralement inacceptable. L'atteinte à la dignité humaine des personnes mises en scène dans le spectacle du « lancer de nains » suffisait, selon le juge, à fonder une mesure

⁴²⁸ Voir par exemple : *Baczowsky c. Pologne*, 3 mai 2007, CEDH, n° 1543/06 : la Cour condamne la Pologne pour violation de la *Convention* à la suite de l'interdiction d'une manifestation pour sensibiliser l'opinion publique aux discriminations subies par les minorités sexuelles alors que d'autres manifestations avaient été autorisées à cette occasion de journée contre les discriminations. Voir aussi : *Alexeïev c. Russie*, 21 octobre 2010, CEDH, n° 4916/07, 25924/08 et 14599/09 : la Cour condamne la Russie pour les interdictions répétées (2006, 2007, 2008) à Moscou de la « marche des fiertés ».

⁴²⁹ Voorhoof Dirk, *Analyse critique de la portée et de l'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Strasbourg, éd. Conseil de l'Europe, coll. « Dossiers sur les mass média », 1995, à la p. 31.

d'interdiction de l'exercice d'une liberté individuelle ; en l'occurrence celle de la personne qui avait acceptée d'être lancée. Outre le danger de retenir une acception immatérielle de l'ordre public dans une société démocratique, c'est l'élargissement même de la compétence de censure de l'administration qui interpelle dans cet arrêt.

Si l'on considère, comme le fait ici le Conseil d'État, que « le respect de la dignité de la personne humaine » est une composante de l'ordre public, les autorités administratives détentrices de pouvoirs de police administrative n'ont plus besoin de prendre en compte des risques de troubles à l'ordre public matériel et extérieur pour justifier une interdiction préventive d'expression. Aux yeux du Conseil d'État, de « simples » propos peuvent désormais être constitutifs d'une atteinte à l'ordre public, sans qu'il soit nécessaire de déterminer si ces propos ont provoqué de quelconques troubles matériels⁴³⁰.

Le danger de cette appréhension de la *dignité humaine* en tant que composante de l'ordre public dont la protection fonde la compétence des autorités administratives en matière de limitation de la liberté d'expression est double.

Alors que les pouvoirs de police administrative trouvent un fondement dans le maintien de l'ordre public au regard de circonstances locales, le juge administratif français a admis que la notion d'ordre public puisse être étendue à une notion aussi universelle et intemporelle que celle de dignité humaine. Sous couvert de la nécessité de protéger un ordre public *lato sensu*, le juge administratif pourrait étendre la compétence d'interdiction préventive des autorités administratives de manière indéterminée. Ainsi, dans l'ordonnance *Dieudonné* du 9 janvier 2014, les juges des référés du Conseil d'État, on l'a vu, a validé une mesure d'interdiction préventive d'un spectacle dès lors qu'il existait un risque sérieux que soient exprimés des propos portant de « *graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la*

⁴³⁰ CE, 20 mai 1996, n° 167694, *Société Vortex*, Lebon, à la p. 189, s'agissant de la tenue à la radio de propos laudatifs concernant la mort d'un policier ; CE, 9 oct. 1996, n° 173073, *Association « Ici et Maintenant »*, Lebon, à la p. 401, s'agissant de la tenue à l'antenne de propos racistes et antisémites ; CE, 30 août 2006, n° 276866, *Association Free Dom*, Lebon, à la p. 392, s'agissant de l'étalage sur les ondes de faits morbides s'agissant des circonstances de la mort d'un enfant.

personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine »⁴³¹.

Un si large pouvoir d'interdiction, délimité par la seule volonté du juge administratif selon les cas d'espèce, est susceptible de transformer définitivement le régime de déclaration préalable de manifestation en un régime d'autorisation pure et simple de manifester caractérisé par un pouvoir préalable de censure de l'administration.

⁴³¹ CE ord., 9 janvier 2014, n° 374508, *Ministre de l'intérieur c. Société les productions de la plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*.

Conclusion Titre 1

Aucune liberté ne peut être définie de façon absolue. La liberté d'expression n'échappant pas à cette règle, il est légitime, comme toutes les autres libertés, qu'elle connaisse des limites déterminées d'avance par la loi. La réserve de loi pour incriminer l'expression d'une opinion apparaît comme la première des garanties de la liberté d'expression en ce qu'il revient aux législateurs français, espagnol et canadien de décider quelles sont les opinions pouvant être exprimées ou non. Une telle garantie exclut non seulement la compétence gouvernementale pour censurer l'expression d'une opinion mais également la possibilité d'établir un régime préventif soumettant l'exercice de la liberté d'expression à des mesures répressives.

Toutefois, lorsqu'une opinion est exprimée au moyen d'une manifestation, ces garanties semblent disparaître. En effet, le maintien de l'ordre public semble justifier la mise en place d'un régime préventif conférant un pouvoir d'interdiction aux autorités administratives. En principe, seul l'ordre public « matériel et extérieur » devrait justifier une interdiction préventive de manifester. Néanmoins, on observe en droit français l'absence de consécration d'une telle acception de l'ordre public ; une lacune qui contraste avec la notion d'ordre public « mettant en danger les personnes et les biens » consacrée par l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*.

Dès lors, les autorités administratives françaises disposent d'un pouvoir d'interdiction préventive de manifester largement discrétionnaire en ce qu'il repose sur la prise en considération d'un ordre public indéterminé. De cette façon, sous couvert de leur mission de maintien de l'ordre public, les autorités administratives françaises peuvent se substituer au législateur pour censurer préalablement l'expression d'une opinion.

Contrairement aux juges français, les juges canadiens ont tout à fait conscience du risque d'un tel pouvoir discrétionnaire d'interdiction de manifester sur la liberté d'expression. En effet, en droit canadien, la garantie de la *règle de droit* au sens de l'article 1^{er} de la *Charte canadienne* fait obstacle à l'existence d'un tel pouvoir

discrétionnaire des autorités provinciales pour interdire de manière préventive une manifestation.

TITRE 2

LE POUVOIR DE LIMITER LES MODALITÉS D'EXERCICE DE LA MANIFESTATION

Aucune constitution des systèmes constitutionnels étudiés ne consacre explicitement la liberté de manifester son opinion dans l'espace public. Néanmoins, le système constitutionnel espagnol se démarque des autres en ce que l'article 21 de sa *Constitution* prévoit un droit de réunion pacifique en précisant, à l'alinéa 2, que :

« [traduction] Les autorités seront informées préalablement des réunions devant se dérouler dans des lieux de circulation publiques et des manifestations ; elles ne pourront les interdire que si des raisons fondées permettent de prévoir que l'ordre public sera perturbé, mettant en danger les personnes et les biens ».

Il est possible de déduire de cette disposition que le constituant espagnol reconnaît implicitement un droit de manifestation et de réunion pacifique dans les lieux publics. Son exercice est néanmoins soumis au régime particulier de la déclaration préalable. On observe ainsi un fort encadrement de la liberté de manifestation par le constituant espagnol, laissant peu de marge au législateur pour organiser l'exercice de cette dernière. La *Charte constitutionnelle canadienne*, ainsi que la *Constitution française*, restent quant à elle muettes quant à l'existence d'un droit de manifester son opinion dans l'espace public. Toutefois, un tel silence ne suffit pas à écarter la liberté de manifestation de leur système constitutionnel. Il existe effectivement, en droit français comme en droit canadien, un droit à la liberté de manifester son opinion dans l'espace public. Toutefois, à la différence du système constitutionnel espagnol, la régulation de son exercice n'est pas encadrée par une norme constitutionnelle mais par des règles infra-constitutionnelles néanmoins soumises au respect des garanties constitutionnelles de la liberté d'expression étendue aux formes d'expressions symboliques. En effet, la

présence collective d'individus dans un même endroit afin d'exprimer publiquement une opinion est porteur de signification et peut bénéficier, à ce titre, des garanties de la liberté d'expression. Au-delà d'un droit d'expression qui inclurait un droit d'expression symbolique, la liberté de manifestation dans l'espace public, tant qu'elle demeure pacifique, bénéficie également des garanties de la liberté de réunion pacifique consacrées au sein des systèmes constitutionnels français, espagnol et canadien (Chapitre 3). Malgré l'apparence de cette double consécration, la liberté de manifestation dans l'espace public apparaît, en réalité, particulièrement délimitée au profit de l'exigence de maintien de l'ordre public qui caractérise l'utilisation de l'espace public. Celle-ci, en effet, s'accompagne d'un important pouvoir d'édicter des restrictions préventives à l'exercice de la liberté de manifestation qui réside dans les mains des autorités gouvernementales. Celles-ci, sous couvert de maintien de l'ordre public, peuvent alors parfois escamoter les libertés d'expression et de réunion pacifique lorsque leur exercice prend la forme d'une manifestation (Chapitre 4).

CHAPITRE 3

LA CONSÉCRATION D'UN DROIT DE RÉUNION D'EXPRESSION COLLECTIVE DANS L'ESPACE PUBLIC

Quand bien même elle ne serait pas explicitement reconnue en tant que telle, la liberté de manifestation peut être considérée comme un droit fondamental dérivé dans la mesure où elle résulte de la combinaison de plusieurs droits fondamentaux originaires parmi lesquels figurent la liberté d'expression, d'une part, et la liberté de réunion, d'autre part.

La liberté d'expression occupe une place toute particulière au sein du modèle de société démocratique, particulièrement dans les régimes juridiques de *common law* où elle se situe au fondement même de la démocratie représentative parlementaire. Cette position singulière la fait bénéficier de garanties étendues : ce n'est pas seulement le contenu exprimé qui est protégé ; l'est également la forme d'expression de ce contenu. Or, dans le cas de la manifestation, il semble que le message exprimé ne puisse être distingué de la forme de son expression, de sorte que le lieu et le moment de son organisation se confondent avec le contenu qu'elle transmet. Dès lors, si les garanties de la liberté d'expression s'étendent à toutes formes d'expression, la manifestation bénéficie de ces garanties (Sous-chapitre 1).

Par ailleurs, s'il est admis que la manifestation est une forme d'expression, elle est caractérisée par des particularités qui doivent également être constitutionnellement protégées sous peine de dénaturer, voire annihiler, le droit de manifester. Au-delà du choix du lieu et du moment de sa tenue, la manifestation implique un exercice d'expression collective. Les garanties de la liberté de réunion peuvent offrir une protection à cette caractéristique essentielle de la manifestation. Si la réunion peut se

définir comme « *un groupement momentané de personnes, formé en vue d'entendre l'exposé d'idées ou d'opinions ou de se concerter pour la défense d'idées ou d'intérêt* »⁴³², la manifestation peut être effectivement envisagée comme une réunion qui a cependant la particularité d'avoir lieu sur la voie publique. Excepté le droit constitutionnel espagnol qui consacre explicitement la possibilité d'organiser une réunion sur les voies publiques, *l'alinéa 2 c)* de la *Charte canadienne des droits et libertés*, tout comme l'article 11 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, restent silencieux quant à la possibilité d'un tel exercice. Néanmoins, dans ces deux textes, la liberté de *réunion pacifique* est consacrée ; à partir de laquelle il est possible de déduire que toutes les réunions pacifiques, y compris celles qui ont lieu sur les voies publiques sous la forme de manifestations, sont reconnues (Sous-chapitre 2).

Sous-chapitre 1. L'extension des garanties de la liberté d'expression à l'objet de la manifestation

L'interprétation *lato sensu* et libérale de la liberté d'expression au sein de nos systèmes juridiques permet d'étendre les garanties de la liberté d'expression non seulement au contenu du message que l'on cherche à transmettre mais également aux formes de transmission. La manifestation apparaît ainsi comme une forme d'expression jouissant des garanties de la liberté d'expression entendue de manière large. Néanmoins, en droit espagnol, il n'est pas nécessaire de retenir une interprétation aussi étendue des garanties de la liberté d'expression pour reconnaître la protection constitutionnelle de la liberté de manifestation dès lors que le constituant de 1978 a procédé à une consécration explicite de celle-ci. À l'inverse, les systèmes constitutionnels français et canadien sont dépourvus d'une telle reconnaissance expresse d'un droit de manifester sur la voie publique. En droit canadien, la

⁴³² CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, conclusions du commissaire du gouvernement Michel, Rec. Lebon, à la p. 541.

consécration d'un tel droit passe par une protection constitutionnelle élargie des formes d'expression en général. Le droit français reconnaît quant à lui l'application des garanties de la liberté d'expression à la manifestation, au nom d'une « liberté d'expression collective des idées et des opinions ». Dès lors, la manifestation est conçue en tant qu'exercice de la liberté d'expression sous sa forme collective impliquant l'utilisation de l'espace public à des fins expressives (Section 1).

Pour autant, bien qu'une telle interprétation étendue des garanties de la liberté d'expression permette d'y inclure la manifestation, une telle approche jurisprudentielle n'est pas sans conséquence négative. Tout d'abord, elle octroie aux juges un pouvoir de reconnaissance d'une protection constitutionnelle de la manifestation qui peut jouer en défaveur de cette dernière. En effet, en se plaçant comme une figure centrale de la consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté de manifestation, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans la mesure où il détermine si une manifestation bénéficie ou non des garanties de la liberté d'expression. En ce sens, le juge canadien s'est arrogé le pouvoir d'écarter les garanties de la liberté de réunion pacifique alors même que celles-ci, explicitement consacrées par le constituant de 1982, trouve *a priori* application en matière de manifestation (Section 2).

Section 1. Une reconnaissance étendue de la liberté d'expression

Outre la parole et l'écrit, il existe une multitude de façons d'exprimer une opinion. La reconnaissance d'un droit à la liberté d'expression en des termes généraux permet d'étendre son champ de garantie à tout comportement qui vise à transmettre une opinion. Si l'extension des garanties de la liberté d'expression par les juges canadiens concerne pratiquement toutes les formes d'expression, le droit européen les étend spécifiquement à l'exercice de la manifestation (A). En effet, manifester son opinion dans l'espace public étant incontestablement un comportement qui vise à transmettre une opinion, les garanties de la liberté d'expression incluent l'exercice de la manifestation. Celle-ci apparaît, dès lors, comme une forme d'expression dont la

spécificité demeure dans son caractère collectif et l'utilisation de l'espace public à des fins expressives qu'elle implique (B).

A. L'extension des garanties de la liberté d'expression aux formes d'expression

1. La reconnaissance jurisprudentielle de l'extension de la liberté d'expression aux formes d'expression générale dans le modèle canadien

L'écrit, le discours ou le silence, les arts et même les gestes et les actes sont autant de moyens d'expression⁴³³. C'est ainsi que la Cour suprême canadienne reconnaît que l'« expression » est caractérisée, à la fois, par un contenu et un contenant ; deux éléments qui peuvent être inextricablement liés⁴³⁴. Les juges canadiens admettent la possibilité de transmettre un message autrement que par la parole ou l'écrit ; en particulier à travers un comportement⁴³⁵. Une telle interprétation de la liberté d'expression se rapproche de la notion de « discours symbolique » que les juges américains utilisent pour délimiter le champ de protection prévue par le premier amendement de la *Constitution américaine*⁴³⁶.

⁴³³ *Irwin Toy Ltd. c. Québec* [1989] 1 R.C.S. 927 [*Irwin Toy*], à la p. 969.

⁴³⁴ Voir : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.* [1986] 2 R.C.S. 573 [*Dolphin Delivery*] ; *R. c. Keegstra*, à la p. 968 ; *Irwin Toy*, *ibid.*, à la p. 969.

⁴³⁵ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario* [1991] 2 R.C.S. 211. Le boycott est aussi une activité visant à transmettre un message et donc de nature à entrer dans le champ de protection de l'alinéa 2 b). Le juge Wilson est d'avis que le précompte obligatoire des cotisations syndicales constitue « une forme d'expression » dès lors qu'il vise à transmettre un message. Le soutien financier volontaire constitue une forme d'expression. De la même manière, le refus de soutenir financièrement des causes appuyées par le syndicat, autrement dit un boycott. Dans le même sens la Cour suprême a considéré que le choix de participer au financement d'une campagne électorale relève de la liberté d'expression : *Libman v. Québec (AG)* [1997] 3 SCR 569, 151, DLR (4th) 385 ; *Harper v. Canada (AG)*, 2004 SCC 33 [2004] 1 SCR 827

⁴³⁶ Voir : Peter Hogg, *Constitutional Law*, Thomson Carswell, Student edition, 2007, à la p. 951. Le « speech » en tant que « discours » restreint davantage le contenu protégé que l'« expression » qui vise un contenu plus large. En effet, certains actes avec un intérêt communicatif pourraient sortir plus facilement du contenu du premier amendement du fait qu'il ne constitue pas un « discours » *a contrario*, il est susceptible de constituer bel et bien une expression. Toutefois la Cour suprême n'a pas interprété le premier amendement de manière aussi stricte. En effet, elle a très tôt accepté une multitude de variété de formes d'expression qui sont des actes (et non des discours) à travers le concept de « discours symbolique » Ainsi, le refus de saluer un drapeau (*West Virginia State Bd of Education v. Barnette* (1943) 319 U.S 624), le fait de brûler un drapeau (*Texas v. Johnson* (1989) 491 US 367) ou sa carte d'électeur

Au regard des termes généraux employés à l'*alinéa 2b) de la Charte canadienne* par le constituant canadien pour consacrer la liberté d'expression, la Cour suprême canadienne privilégie une interprétation *lato sensu* et libérale. C'est ainsi que le champ de garantie de la liberté d'expression s'étend à toute « activité qui transmet ou tente de transmettre une signification »⁴³⁷. Les juges canadiens adoptent donc une approche étendue de la liberté d'expression en considérant que la volonté de transmettre une signification constitue le critère d'application de garantie de celle-ci. Autrement dit, les garanties de la liberté d'expression concerneraient, selon les juges, non seulement le contenu du message qui vise à être transmis mais également la forme de sa transmission⁴³⁸. Une telle extension du champ d'application de l'*alinéa 2 b)* à tout moyen d'expression profite directement à la manifestation lorsque celle-ci est appréhendée comme une forme d'expression spécifique.

Or, avec un tel raisonnement, toutes les régulations de comportements humains peuvent relever des garanties de l'*alinéa 2 b)* sous prétexte qu'ils porteraient une volonté de transmettre un message et constitueraient, par conséquent, une forme d'expression⁴³⁹.

En effet, il semble que pour la Cour suprême canadienne, les seuls comportements exclus de la protection de la liberté d'expression, peu importe l'importance du message transmis, soient les comportements violents⁴⁴⁰. Autrement

(*United State v. O'Brien* (1968) 391 U.S 367) ou encore le port d'un brassard noir (*Tinker v. Des moines school district* (1969) 393 U.S. 503) sont des expressions protégées par le premier amendement.

⁴³⁷ *Irwin Toy Ltd*, précit., à la p. 969 :

« si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie ».

⁴³⁸ *Ibid.*, à la p. 974.

⁴³⁹ Voir, par exemple, *ibid.*, à la p. 969 :

« il peut être difficile de dire de certaines activités quotidiennes comme stationner une voiture qu'elles ont un contenu expressif. Pour les faire entrer dans la sphère des activités protégées le demandeur devrait établir qu'elles avaient pour but de transmettre un message. Par exemple, une personne célibataire pourrait en signe de protestation publique, garer sa voiture dans une zone réservée aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées. Si cette personne pouvait démontrer que son geste avait un contenu d'expression, elle serait, à cette étape-ci, à l'intérieur du champ d'activité protégé et on pourrait poursuivre l'examen de la contestation fondée sur l'*alinéa 2b)* ».

⁴⁴⁰ *Ibid.* :

« la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie.

dit, ce ne sont pas toutes les manifestations, en tant que forme d'expression, qui peuvent bénéficier des garanties de l'*alinéa 2 b)* mais uniquement celles qui se déroulent de manière non violente.

La Cour européenne des droits de l'Homme, à l'instar de la Cour suprême canadienne, reconnaît également que la transmission d'idées et d'opinions peut se réaliser à travers une multitude de moyens de communication tels que « la parole, l'écrit, les médias, l'art, voire un comportement symbolique »⁴⁴¹. En effet, en l'absence de définition stricte des notions d'opinion ou d'information, une activité transmettant ou tentant de transmettre un contenu expressif est susceptible d'entrer dans le champ de garantie de la liberté d'expression⁴⁴² ; y compris le droit d'expression symbolique comme sonner le cor de chasse en guise de contestation⁴⁴³.

Néanmoins, à l'inverse de la jurisprudence canadienne, dans le modèle européen, l'identification de la volonté de transmettre une opinion ne suffit pas pour reconnaître qu'un comportement bénéficie de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression. La CEDH n'applique effectivement pas aussi largement que les juges canadiens les garanties de la liberté d'expression. Tandis qu'elle reconnaît le caractère expressif de la perturbation d'une compétition de pêche⁴⁴⁴, d'une grève de la faim⁴⁴⁵ ou encore d'un barrage visant à bloquer des bateaux de pêche⁴⁴⁶, la Cour de Strasbourg ne semble néanmoins pas écarter, la recevabilité de la requête en vertu de

Toutefois il est parfaitement clair que, par exemple, l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi. »

⁴⁴¹ Jean François Aubert, « La liberté d'opinion » (1973) 92 ZSR 429-450.

⁴⁴² Mario Oetheimer, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe*, Paris, Éditions A. Pedone, coll. « Publication de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'Homme », 2001, à la p. 66.

⁴⁴³ *Hashman and Harrup v. United Kingdom*, 25 novembre 1999, CEDH, 25594/94.

⁴⁴⁴ *Nicol and Selvanayagam v. United Kingdom*, 12 décembre 2002, CEDH, 3579/00.

⁴⁴⁵ *Atilla v. Turquie*, 11 mai 2010, CEDH, 18139/07.

⁴⁴⁶ *Drieman et autres v. Norvège*, 4 mai 2000, CEDH, 33678/96.

Il convient tout de même de nuancer le propos. Même si la Cour reconnaît qu'une telle pratique relève de la liberté d'expression, d'un autre côté les juges européens ont considéré que les mesures d'arrestation des activistes et de confiscation de leur matériel afin de permettre le bon déroulement de la pêche à la baleine autorisée en vertu d'une loi, n'excédaient les limites de la marge nationale d'appréciation des autorités nationales.

l'article 17 de la *Convention européenne*⁴⁴⁷, à l'inverse de la pratique des juges canadiens.

2. La reconnaissance jurisprudentielle de la protection constitutionnelle spécifique à la liberté d'expression collective en droit français

Le Tribunal constitutionnel espagnol a considéré, à plusieurs reprises, que la manifestation était un exercice particulier de la liberté d'expression du fait d'un mode, d'un lieu, ou encore d'un moment particulier d'expression⁴⁴⁸. Pourtant, en droit espagnol, il n'est pas nécessaire de considérer que la manifestation relève du champ de garantie de la liberté d'expression pour reconnaître qu'elle bénéficie d'une protection constitutionnelle dès lors que le constituant de 1978, on l'a vu, a explicitement consacré un droit de réunion et de manifestation à l'article 21 de la *Constitution*⁴⁴⁹. En revanche, une telle reconnaissance constitutionnelle de la liberté de manifestation fait défaut dans les systèmes constitutionnels français et canadien.

Ainsi, la doctrine française comme la doctrine canadienne s'accordent pour l'envisager comme le prolongement de la liberté d'expression garantie par le droit constitutionnel des deux pays⁴⁵⁰. Néanmoins, force est de constater qu'il existe une difficulté quant à l'identification d'une jurisprudence reconnaissant explicitement la manifestation comme une forme d'expression constitutionnellement garantie.

Dans le cas français, la décision du Conseil constitutionnel français « *Vidéosurveillance* » du 18 janvier 1995 relative à la *loi d'orientation et de*

⁴⁴⁷ C'est notamment le cas pour : *Drieman et autres v. Norvège*, précit. ; *Nicol and Selvanayagam v. United Kingdom*, précit.

⁴⁴⁸ Voir : STC, 292/2000, 30 novembre 2000 FJ11 ; STC, 85/1988, 28 avril 1985.

⁴⁴⁹ Article 21 de la *Constitution espagnole* :

« 1. Le droit de réunion pacifique et sans arme est reconnu. L'exercice de ce droit n'exigera pas une autorisation préalable.
2. Les autorités seront informées préalablement des réunions devant se dérouler dans des lieux de circulation publique et des manifestations ; elles ne pourront les interdire que si des raisons fondées permettent de prévoir que l'ordre public sera perturbé, mettant en danger des personnes ou des biens ».

⁴⁵⁰ Voir, par exemple, : Gabriel Babineau, « La manifestation : une forme d'expression collective » (2012) 53:4 *C de D* 761 ; Roseline Letteron, *Libertés publiques*, 9^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis de droit public et science politique », 2012, à la p. 541.

*programmation relative à la sécurité*⁴⁵¹, semble constituer le fondement d'une protection constitutionnelle de la manifestation en tant que composante de la liberté d'expression. En l'espèce, il était question d'une loi encadrant de manière expresse l'exercice de la liberté de manifestation⁴⁵². Le *Conseil constitutionnel* a alors considéré que la loi en cause touchait aux conditions dans lesquelles s'exercent certaines libertés, notamment celle de d'« expression collective des idées et des opinions »⁴⁵³. En effet, si « tout citoyen peut parler écrire, imprimer librement » en vue de transmettre une opinion, il semblerait que ces droits puissent s'exercer collectivement à travers l'exercice de la liberté de manifestation. Il n'en a pas fallu davantage pour que la doctrine y voit la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté de manifestation en tant que prolongement de la liberté d'expression consacrée par la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* au sein du système constitutionnel français⁴⁵⁴.

Au Canada, c'est en se prononçant sur la question du piquet de grève que la Cour suprême a posé les prémices d'une reconnaissance de la protection constitutionnelle de l'expression collective. En 1986, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*⁴⁵⁵, les juges canadiens se sont, en effet, demandé dans quelle mesure un piquet de grève pouvait être vu comme un exercice de la liberté d'expression au sens de l'*alinéa 2 b)* de la *Charte canadienne*. C'est parce qu'il porte la volonté des travailleurs de transmettre des informations relatives à un conflit de travail que la Cour suprême

⁴⁵¹ Cons. const., 18 janvier 1995, n° 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*.

⁴⁵² Ibid., considérant 14 :

« Considérant que l'article 16 de la loi déferée insère un article 2 bis dans le décret du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public que le premier alinéa de l'article 2 bis permet au représentant de l'État dans le département et à Paris, au préfet de police, à compter du jour de déclaration d'une manifestation sur la voie publique ou si la manifestation n'a pas été déclarée (...) d'interdire le port et le transport sans motif légitime d'objets pouvant être utilisés comme projectile ou constituer une arme (...) ».

⁴⁵³ Ibid., considérant 16.

⁴⁵⁴ Voir, par exemple : Stéphanie Hennette Vauchez, Diane Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 2^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Hyper Cours. Cours et Travaux dirigés », 2015, à la p. 619 ; Dominique Rousseau, Pierre Yves Gahdoun, Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd., Paris, LGDJ, à la p. 650 ; Lauriane Josende, *Liberté d'expression et démocratie. Réflexion sur un paradoxe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, à la p. 141.

⁴⁵⁵ *Dolphin Delivery*, précit.

canadienne a reconnu, en l'espèce, qu'un piquet de grève « comporte toujours un élément d'expression »⁴⁵⁶. Or, de la même manière, une manifestation est toujours caractérisée par la volonté des manifestants de transmettre une opinion. À l'aune de cette approche *lato sensu* de la liberté d'expression retenue par le droit canadien, il est alors aisé de présumer que les manifestations publiques sont des activités expressives qui bénéficient de la protection de l'*alinéa 2 b)*. En effet, la volonté des participants - qui s'exprime à travers leur présence, leurs gestes, leurs cris... - fait qu'une manifestation est une expression collective et publique relevant des valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression⁴⁵⁷.

Alors qu'un rapprochement était possible entre piquet de grève et manifestation publique en considérant l'effort de persuasion⁴⁵⁸ et le moyen de pression qui caractérisent ces deux expressions - tantôt des travailleurs-grévistes, tantôt des citoyens-manifestants -, les juges canadiens les ont tout d'abord différenciés. En effet, il a été considéré que seuls les piquets de grève de travailleurs de type « primaire », visant strictement à transmettre un contenu expressif à l'employeur concernant un conflit de travail, pouvaient bénéficier des garanties de l'*alinéa 2 b)*. À l'inverse, l'interdiction du piquetage « secondaire » à l'encontre de l'entreprise de tiers avait été jugée conforme à la *Charte*.⁴⁵⁹ Cependant, une telle distinction, fondée sur le contenu du message et l'interlocuteur visé par l'expression collective, pouvait difficilement survivre à l'interprétation *lato sensu* et libérale de la liberté d'expression consacrée par la Cour suprême canadienne⁴⁶⁰. Une telle exclusion aurait pu entraîner une reconnaissance de la protection constitutionnelle de la liberté de manifestation restreinte aux seules manifestations prenant la forme d'un piquet de grève. Pourtant,

⁴⁵⁶ Ibid., à la p. 588.

⁴⁵⁷ *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 75 [*Montréal c. Garbeau*], aux para. 42, 76 et 77.

⁴⁵⁸ *SDGMR, section locale 558 c. Pepsi Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 RCS 156 [*Pepsi Cola*], aux pp. 170-171.

⁴⁵⁹ *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.* [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 592.

⁴⁶⁰ *SDGMR, section locale 558 c. Pepsi Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, précit., aux p. 173-174 ; Pierre Verge, « La liberté d'expression est-elle en phase avec l'action syndicale ? » (2012) 53 *C de D.* 814-815.

que ce soit dans le cadre d'un conflit de travail se rapportant directement à la relation employeur/employés⁴⁶¹ ou d'un conflit social plus large, le fait que des personnes tiennent réunion dans un endroit précis afin de transmettre un message est un comportement expressif relevant des garanties de l'*alinéa 2 b)* de la *Charte canadienne*. En 2002, dans l'arrêt *Pepsi Cola*, la Cour suprême a ainsi revu la gamme d'activités bénéficiant des garanties effectives de l'*alinéa 2 b)* à des boycottages de consommation et à des manifestations politiques qui, comme le piquet de grève, « [démontrent] de façon tangible le mécontentement d'une personne ou d'un groupe au sujet d'un problème »⁴⁶².

La distinction entre piquet de grève primaire et manifestation semble malgré tout survivre. En revanche, cette différenciation ne vise plus à restreindre la protection constitutionnelle de certaines manifestations selon leur nature mais plutôt à prendre en compte la spécificité du piquet de grève organisé dans le cadre d'un conflit de travail. Les juges de la Cour suprême ont récemment reconnu que le droit de grève et le droit à la négociation collective entraînent dans le champ de garantie de l'*alinéa 2 d)* consacrant la liberté d'association⁴⁶³. De cette façon, outre le fait d'être une activité expressive relevant de cette disposition, le piquet de grève, en tant que moyen de pression des travailleurs pour négocier collectivement de meilleures conditions de travail, est rattaché à l'*alinéa 2 d)*. De cette façon, la reconnaissance jurisprudentielle du piquet de grève en tant que forme d'expression prend peut-être moins d'importance étant donné l'application des garanties constitutionnelles de la liberté d'association. Toutefois, l'arrêt *Pepsi Cola*, en élargissant les garanties de l'*alinéa 2 b)* aux piquets de contestation qui transmettent un message ne s'adressant pas seulement aux employeurs (comme un piquet de grève) mais à un public plus large, fonde encore

⁴⁶¹ Voir : *Pepsi Cola*, précit., à la p. 171.

⁴⁶² Ibid., à la p. 172.

⁴⁶³ Voir : *Health services and support – facilities subsector bargaining assn c. Colombie britannique* [2007] 2 R.C.S. 391 ; *Saskatchewan federation of labour c. Saskatchewan* [2015] 1 R.C.S. 254 ; *Health services, Ontario (procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20 [2011] 2 R.C.S. 3 ; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)* 2015 CSC 1 [2015] 1 R.C.S. 3.

aujourd'hui la reconnaissance jurisprudentielle des manifestations en tant qu'activités expressives au sein du système constitutionnel canadien.

B. La reconnaissance d'un droit à la liberté d'expression dans l'espace public

1. L'impact communicatif de l'utilisation de l'espace public à des fins expressives

L'article 11 de la *DDHC*, qui fonde la liberté d'expression au sein du système constitutionnel français, a pour originalité de consacrer un droit à la « libre communication des pensées et des opinions »⁴⁶⁴. Une telle consécration semble plus large qu'une reconnaissance de la liberté d'expression dès lors que la notion de communication concerne la relation entre ceux qui expriment et ceux qui reçoivent un message. En effet, alors que la liberté d'expression s'attache au seul émetteur de l'opinion exprimée, peu importe à qui elle s'adresse, la liberté de communication s'intéresse quant à elle à l'émetteur mais prend aussi en compte les personnes destinataires du message transmis.

L'expression « liberté de communication » a été pour la première fois utilisée par le Conseil constitutionnel français dans sa décision relative à la *loi sur la communication audiovisuelle*⁴⁶⁵. Cette formulation correspond au contenu de l'article 11 de la *DDHC* dès lors qu'il ne s'attache pas seulement à l'expression des émetteurs mais aussi aux destinataires du message⁴⁶⁶. La célèbre décision du Conseil constitutionnel du 11 octobre 1984⁴⁶⁷ a affirmé la conception française de la liberté de

⁴⁶⁴ Article 11 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* :

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ».

⁴⁶⁵ Cons. const., n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, au considérant 5.

⁴⁶⁶ Pierre de Montalivet, « La liberté de communication », dans Michel Verpeaux (dir.), *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 2^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis Droit », 2011, aux p. 455-456.

⁴⁶⁷ Cons. const., n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1981, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

communication en consacrant le pluralisme et la transparence en tant qu'objectifs de valeur constitutionnelle restreignant la compétence législative à l'heure d'encadrer l'exercice d'une libre communication de l'information. Pour autant, même si l'a pu voir émerger un « droit à l'information » au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel prenant en compte les droits du récepteur, celui-ci demeure malgré tout le parent pauvre du droit à la libre communication⁴⁶⁸.

Puis, dans une décision du 18 janvier 1995, le Conseil constitutionnel ne s'est intéressé qu'aux seuls émetteurs à travers la notion de « liberté d'expression collective des idées et des opinions ». Ce faisant, il a simplement reconnu que l'émission d'une opinion ou d'une information peut venir de plusieurs individus. Il n'est fait mention ni du principe de pluralisme ni du principe de transparence en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle restreignant la compétence d'encadrement de l'exercice de la liberté d'expression collective, de sorte que la question de la réception du message a semblé être ignorée.

Par ailleurs, en droit français, est consacré le délit d'entrave à la liberté de manifestation⁴⁶⁹. S'il s'agit là d'un renforcement du droit de l'émetteur d'exprimer une opinion, il concerne directement l'impact communicatif d'une manifestation.

Au sein du système constitutionnel français, l'impact communicatif trouve un ancrage constitutionnel à l'article 11 de la *DDHC*. En effet, le choix d'organiser une manifestation dans un lieu précis pourrait se prévaloir des garanties de cette disposition au vu de l'impact communicatif du message ainsi transmis.

En droit constitutionnel canadien, il est plus difficile de parler d'une consécration de la liberté de communication. Celui-ci reconnaît effectivement la liberté d'expression, peu importe comment elle se manifeste et à qui s'adresse le message transmis. Ainsi, des doutes subsistent quant à l'existence d'un droit à être entendu qui

⁴⁶⁸ Jean Morange, *La liberté d'expression*, Bruxelles, Bruylant, 2009, à la p. 85.

⁴⁶⁹ Article 431-3 du *Code pénal français* :

« Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni (...) »

prendrait en compte tant l'émission que la réception de l'opinion exprimée. En revanche, l'aspect expressif du choix du lieu est susceptible de faire bénéficier des garanties de la liberté d'expression au regard de sa charge symbolique. Cette approche large de la liberté d'expression, qui s'étend donc à tout comportement susceptible de transmettre une opinion, rejoint la notion d'« expression symbolique » développée par la Cour suprême américaine. Dès 1943, celle-ci soulignait, en effet, que « [traduction] *les symboles constituaient une forme primitive mais très efficace de communication des idées* »⁴⁷⁰. En droit canadien, le choix du lieu, dès lors qu'il a une charge symbolique, ne peut en aucun cas justifier l'exclusion des garanties de l'*alinéa 2 b*).

Durant les années 1980, après avoir reconnu l'application des garanties constitutionnelles aux piquets de grève (qui se tiennent, en principe, devant ou à proximité de l'établissement de l'employeur afin de nuire à ses affaires), la Cour suprême canadienne a voulu délimiter cette jurisprudence selon la nature et le lieu où ceux-ci sont effectivement organisés. Comme nous l'avons vu plus haut, les juges ont alors distingué deux types de piquets de grève : d'une part, le « piquetage primaire » qui désigne les piquets de grève organisés dans l'établissement de l'employeur ou aux abords de celui-ci ; d'autre part le « piquetage secondaire » qui fait quant à lui référence aux piquets de grève organisés ailleurs que dans l'établissement de l'employeur ou aux abords de celui-ci⁴⁷¹.

Dans l'arrêt *Pepsi Cola* précité, la Cour suprême canadienne a écarté la théorie de l'illégalité du piquetage secondaire qui permet d'exclure ce dernier du champ de garantie de l'*alinéa 2 b*). Précisément, initiée en 1963 par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hersees*⁴⁷², cette théorie pose le principe selon lequel le piquetage secondaire est intrinsèquement illégal en *common law* du fait des préjudices économiques qu'il inflige aux tiers au conflit de travail qui en constitue l'origine⁴⁷³.

⁴⁷⁰ *West Virginia State Board of Education v. Barnett*, 319 U.S. 624 (1943).

⁴⁷¹ *Pepsi Cola*, précit., au para 29, à la p. 171.

⁴⁷² *Hersees of Woodstock Ltd c. Goldstein*, [1963] 2 O.R. 81.

⁴⁷³ *Ibid.*, à la p. 86 :

Or, si avant la proclamation de la *Charte canadienne*, la liberté d'expression n'était que résiduelle et pouvait s'incliner face à la loi ou des délits de *common law*, depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la liberté d'expression a valeur constitutionnelle. Ainsi, la Cour suprême, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, malgré la non-applicabilité de la *Charte canadienne* en l'espèce, a pris bien soin de préciser qu'un piquet de grève, du fait de son aspect expressif, bénéficiait de la protection constitutionnelle de la *Charte canadienne*, peu importe où il est réalisé.

Autrement dit, le choix d'organiser un piquet de grève à un autre endroit qu'aux abords de l'établissement de l'employeur ne peut en ôter le caractère expressif. En effet, peu importe où il se tient, un piquet de grève a toujours pour objet de communiquer un message sur une situation contestée par des travailleurs. Partant, le maintien de la distinction entre piquets de grève selon le lieu de leur organisation en vue de déterminer s'ils bénéficient ou non des garanties de l'*alinéa 2 b)* a été écartée. Dès lors, si elle se fonde uniquement sur le choix du lieu, une interdiction générale de piquetage secondaire ne peut être justifiée à l'aune de l'article premier de la *Charte*. C'est ce que souligne l'arrêt *Pepsi Cola* qui a définitivement mis fin à la théorie de l'illégalité intrinsèque, incompatible avec l'interprétation étendue de la *Charte canadienne* habituellement retenue par les juges canadiens. Ces derniers se concentrent sur l'existence ou non d'un *acte fautif*, c'est-à-dire qu'ils reconnaîtront la possibilité d'un règle de *common law* d'interdire un piquet de grève, et donc de porter atteinte à la garantie de l'*alinéa 2 b)*, qu'en présence d'une conduite délictuelle ou criminelle, mais non au regard du choix du lieu d'organisation de celui-ci ; un choix qui peut, en

« But even assuming that the picketing carried on by the respondents was lawful in the sense that it was merely peaceful picketing for the purpose only of communicating information, I think it should be restrained. Appellant has a right lawfully to engage in its business of retailing merchandise to the public (...) Therefore, the right, if there be such a right, of the respondents to engage in secondary picketing of appellant's premises must give way to appellant's right to trade ; the former, assuming it to be a legal right, is exercised for the benefit of a particular class only while the latter is a right far more fundamental and of far greater importance, in my view, as one which in its exercise affects and is for the benefit of the community at large ».

Pour une analyse du « piquetage » à l'aune de la *common law* distinguant « piquetage primaire » et « piquetage secondaire », voir notamment l'opinion du juge Mc Intyre dans *Dolphin Delivery*, précit., spéc. aux pp. 590-592. On trouve également des exemples d'une telle analyse parmi les jugements des cours provinciales, par exemple : *Alex Henry and Son Ltd. c. Gale et al.* [1977] 14 O.R. (2d) 311.

outre, constituer un élément expressif de l'acte de communication des piqueteurs⁴⁷⁴. Le piquetage ne peut être interdit que lorsqu'il est assimilé à un délit civil ou criminel.

2. La reconnaissance explicite d'un droit à la liberté d'expression sur les voies publiques

En matière de liberté de manifestation, l'utilisation et l'occupation d'un lieu public ouvert sont des éléments essentiels⁴⁷⁵.

Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*⁴⁷⁶, la Cour suprême canadienne s'est ainsi spécifiquement demandé dans quelle mesure le Gouvernement pouvait restreindre l'utilisation de son domaine public à des fins expressives. En l'espèce, plusieurs personnes, membres d'un comité en faveur de la proclamation d'une république canadienne, avaient transmis des informations aux passants dans un aéroport en vue de les convaincre et de recruter de nouveaux membres pour leur organisation.

Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, la Cour suprême canadienne a envisagé le droit d'expression « dans certains endroits publics » en tant qu'aspect de la liberté d'expression⁴⁷⁷. Les juges ont alors reconnu que le choix de s'exprimer dans le domaine public constituait une manière particulière de délivrer un message et, à ce titre, bénéficiait des garanties de l'*alinéa 2 b)* de la *Charte canadienne*. En dépit du fait que la première fonction du domaine public ne soit pas la transmission de l'expression citoyenne, la Cour suprême a effectivement admis, au fil de sa jurisprudence, qu'un aéroport⁴⁷⁸, un poteau électrique⁴⁷⁹, un autobus⁴⁸⁰, ou encore une

⁴⁷⁴ *Pepsi Cola*, précit., aux para. 62 et s., aux p. 184 et s.

⁴⁷⁵ Gabriel Babineau, « La manifestation : une forme d'expression collective » (2012) 53:4 *C de D* 775.

⁴⁷⁶ *Comité pour la République du Canada c. Canada* [1991] 1 R.C.S. 139 [*Comité pour la République du Canada*].

⁴⁷⁷ *Ibid.*, au para. 61, à la p. 168.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084.

⁴⁸⁰ *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants - Section Colombie -Britannique*, 2009 CSC 31 [2009] 2 RCS. 295.

voie publique⁴⁸¹ constituaient autant de lieux relevant du domaine public où il est possible d'exercer sa liberté d'expression constitutionnellement garantie au sein de l'ordre juridique canadien.

De plus, pour les juges de la Cour suprême, le mode ou le lieu d'expression peuvent être exclus des garanties de l'*alinéa 2 b)* seulement s'ils entrent en conflit avec les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression ; à savoir, notamment, l'épanouissement personnel, le débat démocratique, ou encore la recherche de la vérité⁴⁸². Or, il semblerait qu'utiliser la voie publique pour y exercer une activité expressive, « loin de miner les objectifs de l'*alinéa 2 b)* (...) favoriserait le *débat démocratique*, la *recherche de la vérité* et l'*épanouissement personnel* »⁴⁸³. À cet égard, les juges canadiens rappellent que l'espace public, tels que les voies publiques ou les parcs, sont non seulement des lieux de rencontres publiques mais aussi, depuis longtemps, des espaces d'expression⁴⁸⁴.

Ainsi, les juges canadiens admettent l'importance, dans le cadre d'une société libre et démocratique, de l'utilisation de l'espace public et plus généralement des lieux d'exercice de la liberté d'expression.

⁴⁸¹ *Montréal (ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62 [2005] 3 RCS. 141.

⁴⁸² *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)* 2011 CSC 2 [2011]1 R.C.S.19.

⁴⁸³ *Greater Vancouver Transportation Authority v. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants - Section Colombie -Britannique*, précit., au para. 43.

⁴⁸⁴ Ken Roach, David Schneiderman, « Freedom of expression in Canada » (2013), 61 SCLR (2d) 429, à la p.489 :

« Streets and parks seem to be paradigmatic of the sorts of public places available for the conduct of expressive activity »

Voir également : *Ville de Montréal*, précit., au para. 81 ; confirmé au niveau provincial : *Figueiras v Toronto (Police Services Board)* 2015 ONCA 208 ; *Calgary (city) v. Bullock (Occupy Calgary)*, 2011 ABQB 764 ; *Batty v. Toronto (City)* 2011 ONCS 6862, 248 C.R.R (2d) 175 ; *Vancouver (city) v. O'Flynn-Magee*, 2011 BCSC 1647, 26 B.C.L.R. (5th) 155 Ces trois dernières affaires s'inscrivent dans le contexte du mouvement « *Occupy Wall Street* » d'inspiration espagnole et new yorkaise. En effet, plusieurs places dans différentes provinces canadiennes ont été occupées par des citoyens en guise de contestation et à chaque fois les juges ont rattaché cette occupation d'un lieu public à l'exercice de la liberté d'expression dès lors que la présence de ces personnes sur ces places publiques avait pour objet de transmettre un message.

De ce fait, si l'utilisation de lieux publics à des fins expressives entre dans le champ de garantie de l'*alinéa 2 b*)⁴⁸⁵, les mesures restreignant ce type d'expression (comme une manifestation) portent atteinte à la liberté d'expression consacrée par cette disposition. Partant, les mesures restreignant l'utilisation de l'espace public à des fins expressives doivent pouvoir se justifier dans les limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte canadienne* afin de pouvoir être juridiquement valides au sein du système constitutionnel canadien.

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg reconnaît également l'utilisation de la voie publique à des fins de manifestation. En revanche, celle-ci semble davantage être considérée comme le prolongement de l'exercice de la liberté de réunion de l'article 11 que celui de la liberté d'expression de l'article 10 de la *Convention européenne*. En effet, dans l'arrêt *Rassemblement jurassien*⁴⁸⁶ de 1978, les juges européens ont précisé que la liberté de réunion visait aussi bien « les réunions privées que les réunions sur la voie publique ». Cette formulation a ensuite été reprise dans la plupart des affaires dans le cadre desquelles l'exercice de la liberté de manifestation a été mis en cause⁴⁸⁷.

En appliquant les garanties prévues à l'article 11 plutôt que celles consacrées à l'article 10, les juges européens se sont épargné le développement jurisprudentiel observé dans la jurisprudence canadienne pour justifier l'exclusion de la protection des expressions violentes. En effet, l'article 11 consacre spécifiquement un droit à la liberté de réunion pacifique. Partant, les manifestations violentes sont automatiquement exclues de l'application des garanties de la *Convention européenne*.

⁴⁸⁵ Voir, par exemple : *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, 1996 CSC 165 [1996] 2 R.C.S. 1048 ; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2 [2011] 1 R.C.S. 19. Pour les arrêts des cours provinciales : *R. v. Banks*, 2005 ONSC 605 ; *Figueiras v Toronto (Police Services Board)* 2015 ONCA 208 ; *Montréal c. Garbeau*, précit. ; *Bertrand c. R.*, 2011 QCCA 1412 ; *R. c. Lecompte*, 2000 QCCA 8782 ; *Bédard c. R.*, 2009 QCCA 1473.

⁴⁸⁶ *Rassemblement jurassien et unité jurassienne c. Suisse*, 10 octobre 1979, CEDH, 8191/78 [*Rassemblement jurassien*].

⁴⁸⁷ Par exemple : *Djavit An c. Turquie*, 20 février 2003, CEDH, 20652/92, au para 56 ; *Barraco c. France*, 5 mars 2009, CEDH, 31684/05, au para 41.

Dans le cadre des systèmes constitutionnels français et espagnol, le droit d'utiliser la voie publique à des fins de manifestation ne trouvent toutefois pas son origine normative dans le droit conventionnel européen.

Tout d'abord, si le constituant espagnol de 1978 a explicitement consacré, à l'article 21-2 de la *Constitution*, un droit supra-législatif d'utiliser la voie publique à des fins de réunion et de manifestation, on ne trouve pas semblable restriction de la compétence du législateur en droit français. Autrement dit, on ne peut pas parler, s'agissant du système juridique français, d'un droit supra-législatif d'utiliser la voie publique afin d'y tenir une réunion ou d'y organiser une manifestation qui s'imposerait à la compétence législative. En droit français, *c'est le décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public* qui est à l'origine de la reconnaissance de ce droit en posant un régime préventif à l'utilisation de la voie publique à des fins de manifestation. Ainsi, en plus du caractère précaire de la reconnaissance d'un droit d'utiliser la voie publique, son origine normative est gouvernementale puisque c'est dans le pouvoir législatif du gouvernement que l'on trouve les origines du décret-loi. L'origine gouvernementale d'un tel droit a ensuite été confirmée sous la Cinquième République puisque le *décret-loi de 1935* a été codifié en 2012, par voie d'ordonnance, à l'article L. 211-1 du *Code de la sécurité intérieure*.

Section 2. Les limites de l'application des garanties de la liberté d'expression à l'objet de la manifestation

En principe, les juges français et espagnol ne disposent pas d'un aussi grand pouvoir que les juges canadiens pour étendre l'application des garanties de la liberté d'expression aux activités qu'ils jugent symboliquement expressives. Au sein du système constitutionnel espagnol, le constituant apparaît comme le véritable créateur d'une liberté de manifestation sur la voie publique constitutionnellement garantie. En revanche, le juge constitutionnel français semble avoir agi comme s'il se trouvait dans un système de *common law* s'agissant de la reconnaissance de la valeur

constitutionnelle de la liberté d'expression lorsqu'elle prend la forme d'une manifestation (A).

À la différence du système constitutionnel espagnol, le rôle du juge a été essentiel en droit français et canadien, dans la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de l'exercice de la liberté de manifestation. Néanmoins, cette consécration jurisprudentielle semble avoir exclu l'application des garanties de la liberté de réunion pacifique au profit d'une protection accordée exclusivement sous l'angle des garanties de la liberté d'expression. Une telle approche peut se justifier dans le modèle français, cependant les garanties de la liberté de réunion pacifique sont entièrement applicables à l'objet de la manifestation dans le modèle canadien (B).

A. Les limites d'une reconnaissance d'un droit à la liberté d'expression symbolique

1. L'absence d'une reconnaissance d'expression symbolique en droit français et espagnol

Alors que dans les systèmes de *common law*, il semble que les droits consacrés soient développés essentiellement par la voie jurisprudentielle et de manière étendue, au sein des systèmes constitutionnels de tradition dite civiliste, les juges ne peuvent déployer l'application des garanties de la liberté d'expression à des comportements qu'ils estiment symboliquement expressifs. Lorsqu'un agissement n'est pas explicitement prévu par une loi en tant que comportement expressif, alors il s'agit d'une simple faculté d'agir susceptible de restrictions, voire d'interdiction, par les autorités compétentes⁴⁸⁸. Les juges n'accordent pas de protection particulière aux expressions symboliques. La protection des libertés consacrées dépend souvent de la mise en œuvre de leur exercice par une loi. Ainsi, il revient au constituant de laisser plus ou moins de marge de manœuvre à la compétence législative pour organiser l'exercice des droits et libertés constitutionnellement reconnus. De cette manière, on peut dire que si le constituant est le véritable créateur du droit consacré, c'est le législateur qui lui donne

⁴⁸⁸ Jean Morange, *La liberté d'expression*, op. cit., à la p. 53.

normativement vie en le dotant d'un régime juridique déterminant les conditions dans lesquelles il pourra en être concrètement fait usage⁴⁸⁹.

Au sein du système juridique espagnol, même si la manifestation relève de l'expression symbolique, ce n'est pas cet aspect qui lui confère une protection constitutionnelle mais bien sa consécration constitutionnelle. La *Constitution espagnole* prévoit, à l'article 81-1, que l'encadrement normatif de l'exercice des droits et libertés consacrés passent par des lois organiques. De cette manière, le constituant restreint sérieusement la compétence du législateur en matière de régulation de l'exercice des droits constitutionnellement garantis. Même si la manifestation est certainement une expression symbolique, ce caractère ne peut donc fonder sa protection constitutionnelle. Ainsi, en droit espagnol, la liberté de manifestation bénéficie d'une protection constitutionnelle simplement parce qu'elle a été explicitement consacrée à l'article 21-2 de la *Constitution* et développée dans le cadre de la *ley organica 9/1983*.

Dans le cadre constitutionnel français, le législateur est beaucoup plus libre pour choisir de soumettre l'exercice d'un droit à un régime plus ou moins libéral. C'est ainsi qu'il peut encadrer l'exercice de la liberté de réunion publique à travers un régime particulièrement libéral⁴⁹⁰ en prévoyant aucune possibilité d'interdiction préventive. Cependant, le législateur demeure aussi libre de choisir un régime plus restrictif à l'endroit de la manifestation. Ainsi en droit français, non seulement la manifestation ne fait l'objet d'aucun principe de liberté à portée générale, mais elle est en outre soumise à un régime préventif qui consiste en une obligation de déclaration préalable accompagnée d'un pouvoir d'interdiction préventive des autorités de police lorsque la manifestation envisagée est de nature à troubler l'ordre public⁴⁹¹.

Par conséquent, en droit français, la reconnaissance de la valeur

⁴⁸⁹ Ibid., à la p. 73.

⁴⁹⁰ Ibid., à la p. 55.

⁴⁹¹ En vertu du *décret-loi du 23 octobre 1935* codifié aux articles L. 211-2 et s. du *Code de la sécurité intérieure*.

constitutionnelle de la liberté d'expression exercée sous la forme d'une manifestation semble dépendre, à l'instar d'un système de *common law*, d'une interprétation extensive de la liberté d'expression de la part des juges. Ainsi, en droit français, il est admis que le fondement de la reconnaissance de la liberté de manifestation est la consécration jurisprudentielle de « la liberté d'expression collective des idées et des opinions » ; une expression employée pour la première fois par le Conseil constitutionnel dans une décision en date du 18 janvier 1995. On peut en ce sens considérer que le juge constitutionnel français a agi comme les juges canadiens ; il a étendu les garanties de la liberté d'expression à la manifestation en l'appréhendant en tant que forme collective d'expression.

Pourtant, pendant longtemps, une telle reconnaissance de valeur constitutionnelle par le juge ne semblait pas suffire à garantir à l'exercice de la liberté de manifestation la protection systématique offerte par les garanties de la liberté d'expression. En effet, la liberté d'expression « collective des idées et des opinions » censée fonder la protection constitutionnelle de la manifestation a pu être ignorée par le Conseil constitutionnel lui-même comme l'illustre sa décision du 13 mars 2003⁴⁹² concernant l'introduction, dans le *Code pénal*, du délit d'outrage à l'hymne national et au drapeau tricolore. En l'espèce, le juge constitutionnel ne s'est absolument pas référé à l'application des garanties attachées à la liberté d'expression « collective des idées et des opinions ».

Toutefois, c'est bien l'expression dans le cadre d'une manifestation qui est explicitement visée par l'article 433-5-1 du *Code pénal*⁴⁹³. C'est aussi la manifestation qui est le sujet de la *réserve d'interprétation* formulée, en l'espèce, par le Conseil constitutionnel. Dans cette décision, pour admettre la constitutionnalité d'une telle limitation à la liberté d'expression, ce dernier a restreint le champ d'application du délit

⁴⁹² Cons. const., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, au considérant 104.

⁴⁹³ Article L. 433-5-1 du *Code pénal* :

« Le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7500 euros d'amende. Lorsqu'il est commis en réunion, cet outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende ».

aux expressions qui se réalisent sous la forme d'une manifestation⁴⁹⁴. Dès lors, si l'on suit le raisonnement du juge constitutionnel français, c'est parce que le délit d'outrage se limite à la manifestation qu'il n'est pas contraire à la Constitution⁴⁹⁵. Une telle réserve d'interprétation repose clairement sur l'exclusion de la manifestation des garanties constitutionnelles de la liberté d'expression.

Or, l'entrée en vigueur de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, qui a ouvert la voie au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en droit français, a engendré un accroissement du contentieux relatif à l'organisation de manifestations. Depuis les années 2010, le Conseil constitutionnel a fini par admettre quasi systématiquement l'existence, au sein du système constitutionnel français, d'un droit à la liberté d'expression « collective des idées et des opinions »⁴⁹⁶.

Comme en droit canadien, il est cependant difficile d'identifier le point de départ de la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la libre communication exercée sous la forme d'une manifestation ; ceci d'autant plus que l'exemple de la jurisprudence précitée de 2003 montre que l'exercice de la liberté de manifestation n'a pas toujours eu, aux yeux du Conseil constitutionnel, une valeur constitutionnelle méritant l'application des garanties de la liberté d'expression. Pour autant, celle-ci semble ensuite s'être progressivement installée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

La difficulté à cet égard en droit français vient de l'absence de catalogue pré établi de droits et libertés ayant une valeur constitutionnelle. En effet, bien que le système constitutionnel français s'inscrive dans une tradition civiliste, cette lacune octroie un large pouvoir au juge quant à la définition des droits et libertés qu'il entend protéger. C'est ainsi que l'on peut considérer que le Conseil constitutionnel semble se comporter comme un juge dans un système de *common law* où il appartient aux

⁴⁹⁴ Cons. const, n° 2003-467 DC, précit., au considérant 104.

⁴⁹⁵ Ibid., au considérant 106.

⁴⁹⁶ Voir : Cons. const., n° 2019-780 DC, 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations* ; Cons const., n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

juridictions, statuant au cas par cas dans un contexte déterminé, de répondre aux aspirations sociales en déterminant les droits à garantir au gré des espèces⁴⁹⁷.

Or, loin de répondre aux exigences des systèmes de *common law*, le système constitutionnel français relève de la tradition civiliste selon laquelle les droits et libertés sont protégés lorsqu'ils sont non seulement explicitement consacrés par la Constitution mais également mis en œuvre par une loi⁴⁹⁸. Or, la liberté de manifestation ne trouve aucun de ces deux fondements dans le cadre juridique français.

2. La qualification d'expression symbolique aux mains des juges canadiens

À partir de l'arrêt de principe *Irwin Toy*⁴⁹⁹, la Cour suprême canadienne a admis que l'« expression » possède à la fois un contenu et un contenant. Si la forme d'expression peut parfois se distinguer de l'opinion transmise, certains contenus sont, à l'inverse, inextricablement liés à la forme d'expression choisie par ses émetteurs⁵⁰⁰. Dans pareil cas, la forme d'expression bénéficierait des garanties constitutionnelles de la liberté d'expression. Une telle approche rejoint celle adoptée par la Cour suprême américaine à l'égard de l'expression symbolique caractérisée par le fait que le message ne peut alors se distinguer d'un agissement. Cela a été le cas, par exemple, dans l'affaire *Tinker v. Des Moines School District*⁵⁰¹ à l'occasion de laquelle les juges américains ont dû se prononcer sur le port d'un brassard noir qui ne pouvait se distinguer du message de protestation contre la guerre du Vietnam qu'il symbolisait et qui, à ce titre, le faisait bénéficier des garanties du premier amendement.

Pour le cas des manifestations, le choix du lieu et du moment de leur organisation se confond avec le contenu qu'elles visent à transmettre. Ainsi, la décision d'organiser une manifestation dans le même lieu et au même moment que la tenue de sommets internationaux - comme le G20 à Toronto en 2010 et en 2019 ou le G7 à

⁴⁹⁷ Jean Morange, *La liberté d'expression*, op. cit., à la p. 74.

⁴⁹⁸ Ibid., à la p. 55.

⁴⁹⁹ *Irwin Toy Ltd. c. Québec*, précit.

⁵⁰⁰ Voir : *Dolphin Delivery*, précit. ; *R. c. Keegstra*, précit., à la p. 968 ; *Irwin Toy*, op. cit., à la p. 969

⁵⁰¹ *Tinker v. Des Moines School District*, précit.

Charlevoix en 2018 - ne peut se distinguer du message de contestation s'opposant aux réunions des chefs de Gouvernement et d'État des puissances mondiales.

De la même manière, les manifestations organisées devant des cliniques d'avortement ne peuvent se distinguer du message « anti-avortement » exprimé par les manifestants⁵⁰². Si l'on admet, d'une part, que le choix de l'heure, du lieu et parfois même de l'itinéraire se confond avec le message exprimé par les manifestants et, d'autre part, que l'utilisation de l'espace public, pour y exercer une activité expressive, « [l]oin de miner les objectifs de l'alinéa 2 b) [...] favorise[rait] le débat démocratique, la recherche de la vérité et l'épanouissement personnel »⁵⁰³, il est aisé de présumer qu'au sein du système constitutionnel canadien, la manifestation bénéficie des garanties de l'*alinéa 2 b)*⁵⁰⁴.

Pourtant, il semble que ce ne soit pas tous les lieux de manifestation qui puissent bénéficier des garanties constitutionnelles de la liberté d'expression mais seulement ceux qui répondent aux critères établis par la Cour suprême canadienne. Or, dans l'arrêt *Ville de Montréal*⁵⁰⁵, cette dernière a inauguré un nouveau critère ; celui de la compatibilité entre *la fonction principale du lieu et l'activité expressive envisagée dans ce lieu*⁵⁰⁶. Établir s'il existe une compatibilité entre ces deux éléments revient alors à vérifier que l'activité expressive en question ne contrevient pas à la fonction historique, réelle ou principale du lieu en question. En cas de compatibilité, les juges appliquent les garanties de l'*alinéa 2 b)* à l'activité expressive dans son ensemble.

⁵⁰² *Schenck v. Pro-Choice Network of Western New York* 519 U.S. 357 (1997).

⁵⁰³ *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants - Section Colombie-Britannique*, précit., au para. 43.

⁵⁰⁴ Voir par exemple : *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, 1996 CSC 165 [1996] 2 RCS 1048 ; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2 [2011] 1 RCS 19. Pour les arrêts des cours provinciales : *R. v. Banks*, précit. ; *Toronto (Police Services Board)*, précit. ; *Montréal c. Garbeau*, précit. ; *Bertrand c. R.*, 2011 QCCA 1412 ; *R. c. Lecompte*, 2000 QCCA 8782 ; *Bédard c. R.*, 2009 QCCA 1473.

⁵⁰⁵ *Montréal (ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, précit.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, aux para. 70, 74 et 81.

Bien qu'en l'espèce, il ait été admis que la voie publique constitue non seulement un lieu de rencontres publiques mais aussi un espace d'expression⁵⁰⁷, il n'en demeure pas moins que l'application des garanties de l'*alinéa 2 b)* au choix du lieu d'expression reste soumise à un test de compatibilité entre la fonction principale du lieu et l'activité expressive. Dès lors, en cas d'incompatibilité, le choix du mode et/ou du lieu d'expression, considéré comme inapproprié, est susceptible d'écarter la protection de l'activité expressive⁵⁰⁸. Autrement dit, ce ne sont pas toutes les manifestations qui bénéficient des garanties de l'*alinéa 2 b)* de la *Charte canadienne*.

Ce test de compatibilité du lieu développé dans l'arrêt *Ville de Montréal* fait donc dépendre l'application des garanties de l'exercice de la liberté d'expression à une manifestation d'une appréciation des juges qui évalueront la fonction principale du lieu en question. Cette fonction principale du lieu établie par les juges et utilisée comme un critère pour déterminer l'application ou non des garanties de la liberté d'expression aux modalités d'exercice, est difficilement contestable.

On retrouve une problématique semblable au sein de la jurisprudence américaine en matière d'expression symbolique. Ce caractère est reconnu par le juge à sa discrétion, il peut donc exclure certains aspects d'un comportement lorsqu'il estime qu'ils n'ont pas de charge symbolique particulière. Ainsi, d'un côté, les juges admettent que le refus de saluer le drapeau américain⁵⁰⁹ ou de voir figurer sur sa plaque d'immatriculation la devise de l'État du New Hampshire (« Vivre ou mourir »)⁵¹⁰ constituent autant de comportements susceptibles de bénéficier de la protection du premier amendement au motif qu'ils expriment une opinion de manière symbolique ; d'un autre côté, l'installation de tentes dans des parc à proximité de la Maison Blanche

⁵⁰⁷ Ibid., au para. 81.

⁵⁰⁸ Ibid., au para. 60 ; *Greater Vancouver Transportation Authority, v. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants - Section Colombie-Britannique*, précit., au para. 28 ; *Montréal c. Garbeau*, aux para. 46-49.

⁵⁰⁹ *West Virginia State Board of Education v. Barnett*, précit.

⁵¹⁰ *Wooley v. Magnard* 430 U.S. 705 (1997).

pour dénoncer le sort des sans abri⁵¹¹ ou encore le port de cheveux longs⁵¹² ne sont, en revanche, pas perçus comme des agissements pouvant bénéficier de la protection du premier amendement. L'explication d'une telle différence de traitement ne trouve de réponse que dans le caractère discrétionnaire des décisions des juges au moment d'apprécier la charge symbolique d'un comportement⁵¹³.

Il semble alors que ce ne soit pas l'idée exprimée qui détermine le caractère symbolique de l'expression mais bien les juges. Ainsi, ce n'est pas la signification d'un lieu pour les manifestants qui sera pris en compte pour déterminer le bénéfice des garanties de la liberté d'expression à une manifestation mais la compatibilité de celle-ci avec la fonction principale du lieu choisi telle qu'elle est établie par les juges.

De la même manière qu'il revient au juge américain de décider ou non si un comportement est une expression symbolique, il revient à la discrétion du juge canadien de déterminer si le choix d'un lieu de manifestation est compatible avec la fonction principale de ce lieu selon son jugement ; cette décision conditionne le bénéfice des garanties de la liberté d'expression à la manifestation.

B. La confusion entre les champs de garantie des libertés d'expression et de réunion pacifique

1. La réunion comme une forme d'expression

Chaque réunion, entendue comme « l'acte physique de se rencontrer pour communiquer et échanger des paroles et des émotions »⁵¹⁴, comporte un aspect expressif ; soit à l'égard d'un public extérieur, soit entre les participants même de la

⁵¹¹ *New Rider v. Board of Education*, 480 F.2d 693 (10 th cir. 1973), cert. Denied, 414 U.S. 1097 (1973).

⁵¹² *Clark v. Community for creative non violence* 468 U.S. 288 (1984).

⁵¹³ Dans l'affaire *New Rider v. Board of Education*, la Cour a considéré que le port de cheveux longs ne transmettait pas une signification suffisamment identifiable. Dans l'affaire *Clark v. Community for creative non violence* (1984), la Cour a estimé que l'installation matérielle de tentes sur des parc à proximité de la Maison Blanche pour dénoncer le sort des sans abri relevait de la pratique du camping et non de la liberté d'expression du premier amendement.

⁵¹⁴ Irwin Cotler, « La liberté de réunion, d'association, de conscience et de religion », dans Gérald-A Beaudoin, Walter S. Tarnopolsky (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, à la p. 177.

réunion.

C'est en ce sens que la Cour de Strasbourg a pu affirmer que « la protection des opinions personnelles, assurée par l'article 10, compte parmi les objectifs de la liberté de réunion pacifique, telle que le consacre l'article 11 »⁵¹⁵ de la *Convention européenne*. La « protection de l'expression d'une opinion personnelle » constitue l'un des buts visés par la liberté de réunion pacifique⁵¹⁶. Or, bien que réunion et expression soient inextricablement liées, dans chacun des systèmes constitutionnels étudiés, la consécration de la liberté d'expression se distingue de celle de la liberté de réunion.

Au même titre que toutes les activités humaines ne peuvent contenir une signification protégée par l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*, tous les rassemblements fortuits de personnes, même les plus paisibles, ne peuvent se prévaloir des garanties de la liberté de réunion pacifique constitutionnellement consacrée. Parmi les éléments de définition de la liberté de réunion, on retrouve, selon Irwin Cotler, l'« expression publique de l'opinion » ; un caractère qui met en exergue les liens qui unissent liberté de réunion et expression⁵¹⁷. L'expression est vue comme relevant de la notion de réunion de sorte que seules les réunions qui ont pour objet « l'expression d'opinions personnelles » bénéficient de la protection de l'*alinéa 2 b)*.

Dans le modèle français, on retrouve également l'élément expressif dans la définition de la réunion. C'est à l'occasion du célèbre arrêt *Benjamin* de 1933 que le commissaire du gouvernement (aujourd'hui rapporteur public) Michel a donné la définition, reprise aussi bien par la doctrine française qu'espagnole, de la *réunion* dans le sens d' « *un groupement momentané de personnes, formé en vue d'entendre l'exposé d'idées ou d'opinions ou de se concerter pour la défense d'idées ou d'intérêt* »⁵¹⁸. En effet, à la différence d'un simple attroupement fortuit à l'occasion,

⁵¹⁵ Voir : *Ezelin c. France*, 26 avril 1991, CEDH, 11800/85, série A n° 202, au para. 37 [*Ezelin*] ; *Gün et autres c. Turquie*, 2013, CEDH, 8029/07, au para. 76.

⁵¹⁶ Voir ; *Ezelin*, *ibid.*, au para. 98 ; *Gün et autres c. Turquie*, *ibid.*, au para. 76 ; *Barraco c. France*, *op. cit.*, aux para. 27 et 42 ; *Schwabe et M.G. c. Allemagne*, 1^{er} décembre 2011, CEDH, 8080/08 et 8577/08, au para. 98 ; *Djavit An c. Turquie*, *op. cit.*, au para. 39.

⁵¹⁷ Irwin Cotler, « La liberté de réunion, d'association, de conscience et de religion », *op. cit.*, à la p. 177.

⁵¹⁸ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, conclusions du commissaire du gouvernement Michel, Rec. Lebon, à

par exemple, d'une file d'attente, une réunion doit avoir un « but précis » comme exposer des idées ou des opinions ou bien défendre des intérêts.

Le caractère expressif d'une réunion est d'autant plus évident lorsqu'elle prend la forme d'une manifestation. D'ailleurs, le Tribunal constitutionnel espagnol a fait, de nombreuses fois, référence à la liberté d'expression pour définir substantiellement la liberté de manifestation, notamment dans une décision du 28 avril 1988 à l'occasion de laquelle il a envisagé la réunion comme « une manifestation collective de la liberté d'expression exercée par une association temporaire »⁵¹⁹. Dès lors que la liberté d'expression constitue « le droit d'exprimer et de diffuser librement les pensées, idées et opinions [...] »⁵²⁰, la liberté de manifestation peut effectivement parfaitement être comprise comme relevant de son champ d'application.

Il n'est dès lors pas surprenant que l'on ne puisse établir une véritable rupture entre liberté d'expression et liberté de réunion étant donné que toutes les libertés sont solidaires et interdépendantes⁵²¹. Partant, la liberté d'expression peut apparaître comme le prolongement d'autres libertés⁵²² telles que la liberté de culte, la liberté d'association ou même la liberté de circuler. De la même manière, la liberté de réunion peut également conditionner l'existence de la liberté d'expression et d'autres libertés comme la liberté de culte qui, sans liberté de réunion, perdrait une grande partie de sa signification⁵²³.

Jean Morange a ainsi pu noter l'omniprésence de la liberté d'expression au sein de la théorie des libertés⁵²⁴. C'est d'autant plus le cas pour les régimes juridiques de *common law* dans lesquels la liberté d'expression dispose non seulement d'une forte

la p. 541.

⁵¹⁹ STC, 85/1988, 28 avril 1985.

⁵²⁰ Article 20-1 a de la *Constitution espagnole* :

« Sont reconnus et protégés : le droit d'exprimer et de diffuser librement les pensées, les idées et les opinions par la parole, par l'écrit ou par tout autre moyen de reproduction ».

⁵²¹ Jean Morange, *La liberté d'expression*, op. cit., à la p. 74.

⁵²² Ibid., à la p. 71.

⁵²³ Gilles Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 7^e éd., Paris, Armand Colin, 2005, à la p. 504.

⁵²⁴ Jean Morange, *La liberté d'expression*, op. cit., à la p. 74.

reconnaissance juridique mais est également reconnue comme le fondement même de la démocratie représentative parlementaire⁵²⁵. En effet, la première proclamation de la liberté d'expression en 1689 par la *Bill of Right* concerne celle des parlementaires dans l'enceinte du Parlement. Le droit anglais a alors affirmé que « la liberté de parole, des débats et des procédures au sein du Parlement ne devra pas être entravée ou remise en cause par aucune Cour ou lieu quelconque en dehors du Parlement lui-même »⁵²⁶. C'est ainsi que la liberté d'expression apparaît comme la liberté qui conditionne, plus que les autres, le modèle démocratique occidental⁵²⁷.

La reconnaissance du droit de se rassembler trouve son origine en Angleterre en tant que droit dérivé du droit de former des pétitions, consacré en 1215 par la *Magna Carta*. La possibilité de se réunir apparaît donc autant, sinon plus, que la liberté d'expression comme l'un des fondements de la démocratie parlementaire. Figurant parmi les tous premiers droits politiques, il permet aux « [traduction] *personnes de se rassembler pour discuter de questions qui sont d'importance publique* »⁵²⁸. Quant à la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, on l'a vu, plus qu'un droit à la liberté d'expression, donc une approche individuelle, c'est un droit à la libre communication des idées et des opinions, donc une approche relationnelle, que son article 11 consacre⁵²⁹. En ce sens, la liberté de réunion consacrée par le législateur français à travers la *loi du 30 juin 1881* pose le régime juridique de l'une des facettes de la liberté de communication des idées et des opinions, à savoir celui de la liberté de réunion.

Au Canada, avant la proclamation de la *Charte des droits et libertés*, il n'existait pas de consécration constitutionnelle de droits et libertés. Néanmoins, les juges

⁵²⁵ *Dolphin Delivery*, précit., à la p. 583.

⁵²⁶ Traduction libre : « *That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament* »

⁵²⁷ Voir, par exemple : Jean François Flauss, « La Cour européenne des droits de l'Homme et la liberté d'expression », dans Elisabeth Zoller, *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Paris, Dalloz, coll « Thèmes et commentaires. Actes », 2008, aux p. 97-109.

⁵²⁸ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 10th ed. (West Group, 2014), disponible en ligne : <http://thelawdictionary.org/freedom-of-assembly/>.

⁵²⁹ Jean Morange, *La liberté d'expression*, op. cit., à la p. 84.

canadiens n'ont pas attendu le constituant de 1982 pour accorder une certaine supra-législativité à la liberté d'expression du fait de son importance dans le cadre d'un régime démocratique⁵³⁰. Malgré une volonté explicite du constituant de 1982 de consacrer constitutionnellement la liberté de réunion pacifique, à l'*alinéa 2 c) de la Charte canadienne*, distincte mais au même rang que la liberté d'expression, les juges canadiens ont semblé ignorer l'autonomie de cette liberté. En effet, ils ont préféré octroyer une garantie constitutionnelle à la liberté de réunion à travers l'élargissement des garanties de la liberté d'expression à plusieurs formes et modes d'expression (dont la réunion) plutôt que d'appliquer directement l'*alinéa 2 c)*. Ainsi, en droit canadien, la liberté de réunion pâtit d'une absence de développement jurisprudentiel accompagnée d'un quasi-silence doctrinal. En l'absence de hiérarchie formelle entre les droits consacrés par la *Charte canadienne*, l'ascendance des garanties de l'*alinéa 2 b)* sur celles de l'*alinéa 2 c)* ne trouve fondement que dans le choix discrétionnaire du juge d'appréhender la réunion seulement comme un procédé qui met en œuvre la liberté d'expression plutôt que comme l'exercice d'un droit fondamental de réunion pacifique. Ce choix entraîne des conséquences sur la protection constitutionnelle de la manifestation, notamment sur les arguments utilisés pour justifier les restrictions faites à l'organisation de manifestations envisagées en tant que formes de réunion.

2. L'exclusion de l'application des garanties de la liberté de réunion pacifique en matière de protection constitutionnelle de la manifestation

En droit français, l'exclusion de l'application des garanties attachées à la liberté de réunion à l'exercice de la manifestation est une volonté explicite du législateur. Ainsi, l'article 6 de la *loi du 30 juin 1881*, qui consacre le droit à la liberté de réunion au sein de l'ordre juridique français, pose l'interdiction de tenir des réunions sur la voie

⁵³⁰ Voir par exemple : *Boucher v. the King*, [1951] S.C.R. 265 ; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, 1953 ; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285. Voir également : Dale Gibson, « Constitutional Amendment and the Implied Bill of Rights », (1966-67) 12 R.D. McGill 497 ; A.W. MacKay, « Freedom of expression : is it all just talk ? » (1989), 68 R. du B. can. 713

publique⁵³¹. Ce faisant, le législateur a exclu, ni plus ni moins, la manifestation du régime libéral de la liberté de réunion. L'exercice de la liberté de manifestation bénéficiera ainsi d'un régime particulier et moins libéral ; celui de l'obligation de déclaration préalable consacré par le *décret-loi du 23 octobre 1935*. La distinction fondamentale avec le régime de la liberté de réunion réside dans le pouvoir d'interdiction beaucoup plus large accordé aux autorités en matière de manifestation.

Le régime juridique applicable à un agissement dépendant de sa qualification, une réunion pourra échapper au régime libéral de la liberté de réunion si elle est conçue en tant que manifestation et se voit, en conséquence, appliquer un régime juridique beaucoup plus restrictif⁵³². Par exemple, dans l'affaire des « sans-papiers » de l'église de Saint Bernard⁵³³, la réunion de personnes mise en cause ne se déroulant pas sur la voie publique mais dans une église, il est apparu très difficile de se prononcer quant au fait de savoir si, en l'espèce, il s'agissait d'un rassemblement relevant du régime libéral de la liberté de réunion publique en vertu de la *loi de 1881* ou du régime moins favorable de la manifestation sur la voie publique du *décret-loi de 1935*⁵³⁴.

Pour les juges canadiens, manifestations et réunions sont des formes d'expression bénéficiant toutes deux des garanties de la liberté d'expression, à la condition qu'elles se confondent avec le contenu transmis. Afin de déterminer ce caractère, la Cour suprême a élaboré des tests au fil de sa jurisprudence comme celui de la compatibilité de la réunion avec la nature du lieu choisi pour la tenir, comme on a pu précédemment l'analyser.

D'autre part, les juges canadiens ont posé le principe de la neutralité du contenu protégé par l'*alinéa 2 b*). Ils écartent ainsi la possibilité de justifier une restriction à l'exercice de la liberté d'expression du fait du contenu du message exprimé. Si la

⁵³¹ Article 6 de la *loi 30 juin 1881* :

« Les réunions ne peuvent être tenues sur la voie publique ».

⁵³² Jean Morange, *La liberté d'expression*, op. cit., à la p. 74.

⁵³³ *Cissé c. France*, 9 avril 2002, CEDH, 51346/99. En l'espèce, il s'agissait d'une occupation de l'église parisienne en 1996, pendant deux mois environ, par un groupe de personnes comprenant des étrangers en situation irrégulière (« sans papiers »).

⁵³⁴ Jean Morange, *La liberté d'expression*, op. cit., aux p. 80-81.

justification d'une telle distinction ne peut reposer sur le contenu du message, elle peut, en revanche, à loisir, se justifier par rapport au support utilisé pour exprimer une opinion. Pour les juges canadiens, les seules justifications de limitation de la liberté d'expression admises sont celles visant les formes d'expression. Autrement dit, en établissant une distinction entre le contenu et la forme d'une expression, cette dernière se retrouve exclue de la protection constitutionnelle. Il s'agit donc d'une protection constitutionnelle qui fait utilement dépendre les formes d'expression de la protection du contenu. Or, la réunion est une forme d'expression qui bénéficie d'une protection constitutionnelle sans égard à l'*alinéa 2 b)*. Par conséquent, s'agissant d'une manifestation dans l'espace public, il n'est pas besoin de démontrer la compatibilité du lieu choisi avec l'activité expressive de manifester pour pouvoir bénéficier des garanties constitutionnelles. À l'inverse de l'article 6 de la *loi française du 30 juin 1881* sur la liberté de réunion, la *Charte canadienne* ne procède à aucune distinction entre les réunions selon le lieu où elle se tiennent. On peut donc en déduire que non seulement les garanties de l'*alinéa 2 c)* s'étendent à toutes les réunions, peu importe le lieu choisi, mais également que toute restriction concernant les modalités de temps, de lieu et de manière à l'exercice de la liberté de réunion devra répondre aux exigences de l'article premier de la *Charte canadienne*.

En dépit de l'aspect expressif de toutes les manifestations et de l'approche étendue du champ de garantie de la liberté d'expression susceptible de leur octroyer une protection constitutionnelle en tant que formes d'expression, il semble que les garanties de la liberté de réunion pacifique offrent une protection plus adaptée à la manifestation en tant que forme d'expression spécifique. Ainsi, si dans un premier temps la Cour européenne rattachait l'exercice de la liberté de manifestation davantage aux garanties de la liberté d'expression qu'à celles de la liberté de réunion⁵³⁵, à partir de la jurisprudence *Ezelin* de 1990⁵³⁶, son raisonnement a privilégié une application

⁵³⁵ *Rassemblement jurassien et unité jurassienne c. Suisse*, précit.

⁵³⁶ *Ezelin*, précit.

des garanties de la liberté de réunion de l'article 11 de la *Convention européenne* en tant que véritable *lex specialis* en matière de manifestation⁵³⁷.

Quant au constituant espagnol, en consacrant spécifiquement et explicitement un droit constitutionnel de réunion et de manifestation sur la voie publique à l'article 21-2 de la *Constitution*, il a pris le soin d'épargner tout doute quant au fait de savoir si une manifestation relève des garanties de la liberté d'expression ou de celles de la liberté de réunion pacifique. En effet, la manifestation n'a pas besoin d'être rattachée à la liberté d'expression pour bénéficier de la protection constitutionnelle de l'article 53 de la *Constitution espagnole*.

Comme au Canada, les réunions sont considérées comme des formes d'expression dès lors qu'elles ont pour objet l'exposé et l'échange d'idées et d'opinions entre les différents participants et parfois entre les organisateurs. De plus, à l'instar aussi du système constitutionnel canadien, cette forme d'expression est constitutionnellement garantie de sorte que l'exercice de la liberté de réunion bénéficie d'une protection constitutionnelle autonome qui s'étend à l'objet de la réunion et rend ainsi superflues l'application à son égard des garanties de la liberté d'expression. Au même titre que la garantie de la liberté d'expression suppose la garantie de la liberté de conscience, la garantie de la liberté de réunion pacifique suppose la garantie de la liberté d'expression sans laquelle la liberté de réunion consacrée serait vidée de son sens. Le système constitutionnel espagnol se démarque néanmoins du système constitutionnel canadien en ce que le constituant de 1978 a éliminé toute possibilité d'exclure la manifestation d'une protection constitutionnelle. Ainsi, en droit espagnol, la réunion est non seulement une forme d'expression constitutionnellement protégée mais le constituant a pris également le soin de préciser que celle-ci pouvait prendre la forme d'une manifestation et se dérouler sur la voie publique.

⁵³⁷ Ibid., au para 35, à la p. 15 :

« Dans les circonstances de la cause, ce texte s'analyse en une *lex generalis* par rapport à l'article 11, *lex specialis*, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le rendre en considération séparément ».

Ibid., à la p. 19 :

« PAR CES MOTIFS, LA COUR : 1. Dit, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas de procéder à un examen séparé de l'affaire sous l'angle de l'article 10 (art. 10) ».

La plupart des constitutions ne procèdent à aucune hiérarchisation des droits qu'elles reconnaissent. Pourtant, en affirmant que la liberté d'expression protège tout contenu mais qu'il n'en est pas ainsi pour ce qui est des formes d'expression, les juges canadiens procèdent bien, de fait, à une hiérarchisation entre la protection constitutionnelle de contenus expressifs et la protection constitutionnelle de formes d'expression comme celle de la réunion pacifique, bien que celles-ci soient toutes les deux consacrées par la *Charte canadienne*.

Sous-chapitre 2. Un droit de manifestation en tant que modalité d'exercice de la liberté de réunion pacifique

Tantôt confondue avec la liberté d'association, tantôt absorbée par la liberté d'expression, la liberté de réunion constitue pourtant un véritable droit à part entière dont la valeur supra-législative apparaît comme un élément essentiel de garantie d'un modèle de régime démocratique. C'est la raison pour laquelle, après la Seconde Guerre mondiale, la liberté de réunion pacifique a figuré parmi les droits et libertés consacrés par les instruments juridiques internationaux et les constitutions établissant des catalogues de droits et libertés fondamentaux telles que la *Constitution espagnole* de 1978 et la *Charte canadienne* de 1982. À cet égard, le système juridique français se démarque du fait de l'absence d'un tel catalogue au sein de la Constitution. Ainsi, si la liberté de réunion y est reconnue, c'est celle consacrée par le législateur de la III^e République et celle de la *Convention européenne* qui a une valeur supra-législative mais infra-constitutionnelle (Section 1). Malgré cette distinction, on retrouve un régime de déclaration préalable à l'exercice de la liberté de réunion lorsque celle-ci a lieu sur la voie publique similaire en droit français et en droit espagnol. Néanmoins, la distinction de la valeur normative de la liberté de réunion entraîne une plus large compétence pour le législateur français que le législateur espagnol à l'heure d'encadrer, donc de restreindre, l'exercice de la liberté de réunion sur la voie publique. En effet, à l'instar du législateur canadien, constitutionnellement, rien n'empêche le législateur

français de mettre en place un régime pur et simple d'autorisation préventive de manifester. Sur ce point, la *Constitution espagnole* offre une garantie supplémentaire de l'existence d'un véritable droit fondamental de manifester que l'on ne retrouve ni en droit français ni en droit canadien (Section 2).

Section 1. La consécration supra-législative de la liberté de réunion pacifique

Longtemps appréhendée comme une menace au pouvoir établi, la liberté de réunion est apparue comme un élément essentiel du régime démocratique en ce qu'elle permet la formation et l'existence de groupes minoritaires susceptibles de devenir la nouvelle majorité. Dès lors, il est logique qu'au sein des régimes autoritaires, l'exercice de la liberté de réunion soit strictement encadré afin d'éviter la formation d'une opposition politique susceptible de renverser le régime en place. Le pluralisme politique étant une caractéristique essentielle du modèle de société démocratique, il serait donc difficile de justifier dans ce cadre un régime liberticide en matière de droit de réunion pacifique du seul fait du risque qu'il entraînerait pour la majorité politique. Le degré de liberté de réunion autorisée apparaît être en ce sens un véritable baromètre démocratique. C'est la raison pour laquelle la liberté de réunion est reconnue non seulement au sein de tous les instruments juridiques internationaux visant l'hégémonie du modèle de régime démocratique mais est également garantie parmi les droits et libertés des systèmes constitutionnels s'inscrivant dans un cadre démocratique comme les trois étudiés dans le cadre de cette étude (A). Bien que le niveau de consécration ne soit pas le même en droit français, espagnol et canadien, les deux premiers ont en commun de prévoir une interdiction explicite du régime d'autorisation préalable de l'exercice de la liberté de réunion. Une telle prohibition est inconnue en droit canadien, il n'en demeure pas moins que la mise en place d'un régime d'autorisation préalable de l'exercice de la liberté de réunion doit répondre aux exigences constitutionnelles qui découlent, notamment, de la liberté de réunion pacifique consacrée par l'*alinéa 2 c)* de la *Charte canadienne*. Outre l'encadrement du pouvoir d'établir un régime

d'autorisation en matière de liberté de réunion que l'on retrouve au sein des trois systèmes constitutionnels soumis à notre étude, est également consacré le caractère pacifique des réunions. Toute possibilité de protection juridique des réunions violentes est donc exclue (B).

A. Une consécration uniforme de la liberté de réunion

1. L'importance d'une liberté de réunion dans une société démocratique

Abraham Lincoln définissait le droit de se rassembler de « *constitutional substitute revolution* ». En effet, les Révolutions libérales américaine et française trouvent leurs racines dans des assemblées dans le cadre desquelles des citoyens prenaient directement part à des débats sur des problèmes politiques particuliers⁵³⁸. Ainsi, la pratique de la réunion a, de tout temps, fait peur aux gouvernants établis dès lors que tout renversement de régime a comme point de départ des réunions de personnes. À cet égard, il est intéressant de noter que malgré la pratique de réunions publiques durant la Révolution française à travers, notamment, l'apparition spontanée de « clubs » et l'organisation de réunions dans les rues, la liberté de réunion a été la grande absente de la *Déclaration de 1789*⁵³⁹.

Aujourd'hui, l'exercice de la liberté de réunion n'est plus appréhendé comme une menace pour le régime en place mais, à l'inverse, en tant que droit fondamental dans une démocratie. En effet, la protection supranationale de la liberté de réunion pacifique apparaît aujourd'hui comme un élément essentiel de la sauvegarde du modèle de régime démocratique. Après 1945, celui-ci est apparu comme le système idéal en ce qu'il assure la suprématie de certains droits et libertés parmi lesquels figure la liberté de réunion. Ainsi, sans une reconnaissance d'un droit de se réunir, un État pourra difficilement prétendre au modèle de société démocratique consacré par tous les instruments juridiques internationaux qui se sont multipliés au lendemain de la Seconde

⁵³⁸ John D. Inazu, « The forgotten freedom of assembly » (2010) 84 Tul. L. Rev. 583 et 611.

⁵³⁹ Gilles Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., à la p. 504.

Guerre mondiale et qui ont accordé une protection supranationale de certains droits et libertés⁵⁴⁰ afin d'assurer l'hégémonie de ce modèle partout dans le monde. En ce sens, le 10 décembre 1948, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté une déclaration de principes sur les droits et libertés fondamentales qui, dès son préambule, annonce être un « idéal commun à atteindre ». Bien qu'il soit commun de dire que la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* (DUDH) de 1948 ait largement été inspirée par la *DDHC* de 1789, la première procède à une reconnaissance explicite de la liberté de réunion pacifique qui ne figure pas dans la seconde⁵⁴¹.

En effet, l'article 20 de la *DUDH* reconnaît à toute personne un droit à la liberté de réunion pacifique⁵⁴². Toutefois, cette déclaration n'a aucune portée juridique, le Conseil d'État français lui ayant explicitement nié toute force juridique obligatoire dès 1951⁵⁴³. Cependant, les dispositions de la *DUDH* ont pu acquérir une force obligatoire de manière indirecte au sein des ordres juridiques nationaux dès lors qu'elles ont été reprises sous la forme d'une *convention* ou d'un *pacte* ratifié par les États signataires.

De plus, le 19 décembre 1966, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* a été adopté, créant des obligations internationales pour les États l'ayant ratifié. Or, les droits reconnus dans ce document reprennent largement ceux déjà évoqués dans la *DUDH*. Ainsi, l'article 21 du *Pacte international* consacre le droit de réunion pacifique. Dès lors, une obligation de respect de la liberté de réunion repose sur les États qui ont procédé à sa ratification. C'est le cas du Canada, de la France et de l'Espagne. En outre, dans ces deux États européens analysés, on trouve d'autre fondement, notamment au sein de la *Convention européenne*⁵⁴⁴ qui est donc un instrument de protection juridique de la liberté de réunion à l'échelle de l'Europe.

⁵⁴⁰ Henri Oberdorff, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 4^e éd., 2013 LGDJ-Lextenso, coll. « Manuel », à la p. 103.

⁵⁴¹ *Ibid.*, à la p. 105.

⁵⁴² Article 20 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*.

⁵⁴³ CE, 18 avril 1951, *Élections de Nolay*, Rec. Lebon, à la p. 189 ; CE, 11 mai 1960, *Car*, Rec. Lebon, à la p. 319 ; CE, 23 novembre 1984, *Roujansky*, Rec. Lebon, à la p. 383

⁵⁴⁴ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5 [*Convention européenne*].

Cette dernière figure effectivement parmi les instruments de protection juridique internationaux institués après la Seconde Guerre mondiale et qui participent à l'homogénéisation du modèle constitutionnel démocratique sur le continent européen. En effet, pour les juges de la Cour de Strasbourg, la *Convention européenne* ne reconnaît que la démocratie comme modèle politique⁵⁴⁵. L'objectif visé par ce texte réside donc dans la défense et la promotion des valeurs démocratiques parmi lesquelles figure la garantie de la liberté de réunion.

Il est ainsi possible de constater l'étroitesse du lien entre la liberté de réunion et la société démocratique. À l'instar de la liberté d'expression, la liberté de réunion favorise le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture au fondement du modèle de société démocratique⁵⁴⁶. En effet, la liberté de réunion permet la formation, l'existence et l'expression de groupes minoritaires face à la majorité sans lesquels il ne peut y avoir de pluralisme politique et de débat public qui sont le propre d'un système démocratique.

Ainsi, le degré de reconnaissance de la liberté de réunion est susceptible d'apparaître comme un baromètre de démocratie. Dès lors, ce n'est pas sans raison que l'on constate que lors de la mise en place d'un régime autoritaire, la liberté de réunion est l'une des premières libertés. Par exemple, durant le régime franquiste en Espagne (1939-1976), « le pouvoir exécutif pouvait de manière arbitraire et à son bénéfice, réguler l'exercice du droit de réunion »⁵⁴⁷. Précisément, s'appliquait un régime

⁵⁴⁵ Voir, par exemple : Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, à la p. 409 ; Charlotte Denizeau, « La liberté de manifestation en droit européen », dans Chaire Louis Favoreu, Aurélie Duffy-Meunier, Thomas Perroud, *La liberté de manifestation dans l'espace public*, extrait du colloque international organisé dans le cadre de la Chaire Louis Favoreu, Aix en Provence, Faculté de droit et de science politique, 18 et 19 mars 2016, à la p. 22.

⁵⁴⁶ *Handyside c. Royaume Uni*, 1976, CEDH, 5493/72, série A n° 24, à la p. 23. au para. 49 ; *Irwin Toy*, précit., aux p. 967-969. Voir aussi : Jean François Flauss, « La Cour européenne des droits de l'Homme et la liberté d'expression », dans Elisabeth Zoller, *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, op. cit., à la p. 105 ; Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, op. cit., note 55, à la p. 365.

⁵⁴⁷ Peces Barba Martinez, *Sobre las libertades políticas en el Estado español, expresion, reunion y manifestacion*, Valencia, Fernando Torres editor, 1977, à la p. 87.

d'autorisation préalable accompagné d'une répression *a posteriori* des gouverneurs qui, avec leur pouvoir de police, pouvait dissoudre n'importe quelle réunion, autorisée ou non, pour n'importe quel motif. De cette façon, ces derniers contrôlaient de manière complètement discrétionnaire l'exercice du droit de réunion au profit de l'idéologie du pouvoir en place⁵⁴⁸. En effet, les gouvernements autoritaires restreignent la liberté de réunion et répriment les manifestations politiques publiques « dans le but d'imposer le silence de l'opposition politique »⁵⁴⁹. Une fois de plus, on peut constater combien la liberté de réunion sert au pluralisme politique, un élément essentiel d'une société démocratique.

2. La consécration constitutionnelle de la liberté de réunion

Malgré le rôle central qu'elle a joué durant la Révolution française, la liberté de réunion est absente des droits et libertés proclamés par la *DDHC*. On trouve cependant les prémices d'un droit de réunion dans le *décret du 14 décembre 1789*⁵⁵⁰ ainsi que dans la *Constitution* de 1791⁵⁵¹ qui consacre, pour la première fois en droit constitutionnel français, un droit de se rassembler paisiblement et sans armes. Cependant en raison de certains excès, l'exercice de cette liberté a pendant longtemps été placé sous haute surveillance. Ainsi, lorsque la réunion n'était pas strictement interdite⁵⁵², elle était encadrée par un régime liberticide d'autorisation⁵⁵³. C'est seulement en 1881 que le législateur français a ancré la liberté de réunion au sein de l'ordonnement juridique. Aujourd'hui, la *Constitution* de 1958 étant dépourvue d'un catalogue de droits et libertés et ne reconnaissant expressément que la liberté individuelle à l'article 66, c'est encore la *loi du 30 juin 1881* qui fonde la liberté de

⁵⁴⁸ Ibid., à la p. 84.

⁵⁴⁹ Claude-Albert Colliard, Roseline Letteron, Jean-Claude Colliard, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 2005, à la p. 494.

⁵⁵⁰ *Décret du 14 décembre 1789* concernant la constitution des municipalités

⁵⁵¹ Titre premier, paragraphe 3 : « La liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police ».

⁵⁵² Article 291 du *Code pénal* de 1810.

⁵⁵³ *Loi du 18 juin 1849*.

réunion au sein de l'ordre juridique français. Cependant, à ce texte s'ajoute désormais la reconnaissance de la liberté de réunion dans les traités internationaux ratifiés par la France. Or, en vertu de l'article 55 de la *Constitution française*, ces traités ont une autorité supérieure aux lois. Partant, la liberté de réunion ne se limite plus à une simple valeur législative, courant ainsi le risque d'être révoquée par la simple volonté du législateur, mais a acquis un statut supra-législatif à travers la consécration de la liberté de réunion pacifique au niveau international. Dès lors, dans le système constitutionnel français actuel, la liberté de réunion dispose d'une valeur supra-législative mais infra-constitutionnelle.

Par ailleurs, dans sa célèbre décision *IVG*⁵⁵⁴, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à affirmer que « si les dispositions de l'article 55 de la Constitution confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ». De cette manière le Conseil constitutionnel a écarté l'idée selon laquelle les droits et libertés reconnus par les traités internationaux ratifiés par la France rejoignent le bloc des textes et principes à valeur constitutionnelle au sein de l'ordre juridique français. Pour autant, si le juge constitutionnel peut refuser de contrôler la conformité d'une loi à la liberté de réunion pacifique en ce qu'elle ne trouve aucun ancrage constitutionnel français, il revient cependant au juge ordinaire de contrôler le respect de la liberté de réunion pacifique consacrée par l'article 21 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et à l'article 11 de la *Convention européenne* qui s'imposent aux lois nationales⁵⁵⁵.

L'article 10 de la *Constitution espagnole* consacre quant à lui la *DUDH* ainsi que les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés en tant que normes d'interprétation des droits et libertés reconnues par la Constitution. Au sein du système

⁵⁵⁴ Cons. const., n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi sur l'interruption de grossesse*.

⁵⁵⁵ CE, ass. plénière 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. Lebon, à la p. 190, conclusions Frydman ; Cour Cass, ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Café Jacques Vabre*, Dalloz 1975, à la p. 497, conclusions Touffait.

constitutionnel espagnol, la liberté de réunion pacifique ne semble néanmoins pas avoir besoin d'une consécration par un traité international pour prétendre à une valeur supra-législative dès lors que le constituant de 1978, comme on l'a déjà relevé, lui a octroyé un ancrage constitutionnel autonome et explicite à l'article 21 du texte constitutionnel selon lequel le respect du droit de réunion pacifique lie tous les pouvoirs publics.

En 1978, au sortir du franquisme, comme en Allemagne au lendemain de la Seconde Guerre mondiale mais aussi dans d'autres États européens ayant vécu le même type de régime autoritaire, l'assemblée constituante nouvellement élue pour rédiger la Constitution de la nouvelle Espagne démocratique a eu le souci d'inscrire d'une pierre blanche une liste de droits fondamentaux qui font l'objet - très symboliquement - du premier titre de celle-ci. Précisément, l'article 21 de la *Constitution espagnole*⁵⁵⁶ consacre la liberté de réunion presque dans les mêmes termes que l'article 8 de la *Loi fondamentale* de Bonn⁵⁵⁷. Le premier alinéa pose une permission générale de se réunir en indiquant que toutes les réunions publiques « pacifiques et sans arme » sont libres.

S'agissant du droit constitutionnel canadien, avant 1982, ni l'article 21 du *Pacte international* ni l'*alinéa 1) e)* de la *Déclaration*⁵⁵⁸ n'avaient de valeur supra-législative. Jusqu'à cette date, le système juridique du Canada reposait sur une suprématie législative de sorte que le législateur disposait de toute latitude pour encadrer, voire écarter, l'exercice de la liberté de réunion.

Puis, l'intégration de la *Charte canadienne* au sein de l'ordonnement juridique a bouleversé le système constitutionnel canadien. Pour la première fois, le législateur s'est trouvé limité dans sa compétence par le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis parmi lesquels figure la liberté de réunion pacifique.

⁵⁵⁶ Article 21 de la *Constitution espagnole*, version française [en ligne] : <http://www.tribunalconstitucional.es/en/constitucion/Pages/ConstitucionFrances.aspx> :

« On reconnaît le droit de se réunir pacifiquement et sans arme. L'exercice de cette liberté n'est pas soumis à l'autorisation préalable. Les réunions dans des lieux de circulation publique et les manifestations feront l'objet d'une communication préalable aux autorités, qui pourront l'interdire seulement s'il existe des raisons fondées d'une atteinte à l'ordre public, mettant en danger les personnes ou les biens ».

⁵⁵⁷ Article 8 de la *Loi fondamentale de Bonn* :

« Tous les Allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes, sans déclaration ni autorisation préalable. En ce qui concerne les réunions en plein air, ce droit peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi ».

⁵⁵⁸ *Déclaration canadienne des droits* S.C., 1960, c 44,

Pour autant, inconnue en droit anglais et n'ayant pas été inclus dans la *Constitution canadienne* en vertu du préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867⁵⁵⁹, la liberté de réunion pacifique ne bénéficie d'aucun développement jurisprudentiel et ne suscite pas plus d'intérêt au sein de la doctrine. Ainsi, malgré la consécration explicite d'une valeur constitutionnelle à la liberté de réunion pacifique, les effets normatifs d'une telle reconnaissance demeurent encore difficilement perceptibles au sein du système normatif canadien.

B. Le contenu du droit à la liberté de réunion

1. L'interdiction des régimes d'autorisation

Tant en droit espagnol qu'en droit français, la reconnaissance d'un droit à la liberté de réunion va de pair avec la consécration d'une interdiction de régime d'autorisation préventive. À l'instar de la liberté d'expression, un régime aussi liberticide que celui de l'autorisation préalable s'accorde mal avec la liberté de réunion au regard de son importance dans une société démocratique. La liberté de réunion est l'une des seules libertés à inclure le droit d'être avec l'autre⁵⁶⁰, en cela Gilles Lebreton la qualifie comme « la plus simple des libertés relationnelles »⁵⁶¹. En effet, en permettant aux personnes de se rassembler, la liberté de réunion promeut l'existence de communautés et de groupes différents dans le cadre desquels elles s'expriment, échangent ou façonnent des idées ensemble. La liberté de réunion pacifique protège ainsi la formation de groupements minoritaires opposés à la majorité.

Or, l'obligation d'obtenir une autorisation gouvernementale est susceptible d'anéantir dans l'œuf toute possibilité de formation ou d'organisation d'une opposition au pouvoir établi. C'est d'ailleurs de cette façon, on l'a vu, que procèdent les régimes autoritaires.

⁵⁵⁹ Intitulée depuis 1982 « *Loi constitutionnelle* de 1867 » (R-U), 30 & 31 Vict, c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n 5

⁵⁶⁰ Patrick Forget, *Sur la manifestation. Le droit et l'action collective*, Montréal, Liber, 2005, à la p. 33.

⁵⁶¹ Gilles Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., à la p. 504.

En droit français, les réunions politiques ont d'abord été strictement interdites par la Constitution de l'an III. Puis, l'article 291 du *Code pénal* de 1810 a soumis à l'autorisation préalable du Gouvernement les réunions de plus de vingt personnes. Malgré des épisodes de tolérance⁵⁶², il n'en demeure pas moins que l'exercice de la liberté de réunion est longtemps resté soumis à un régime très liberticide. Les tentatives de libéralisation sont passées par la mise en place d'un régime de déclaration préalable se substituant à un régime d'autorisation. Ce genre de libéralisation est néanmoins restée ambiguë dès lors que les préfets conservaient leur pouvoir d'« ajourner » discrétionnairement les réunions leur paraissant susceptibles de troubler l'ordre public.

La *loi de 1881* a ensuite proclamé la liberté de réunion publique. Si le législateur y a explicitement consacré l'interdiction de mettre en place un régime d'autorisation préalable⁵⁶³, l'exercice de la liberté de réunion restait cependant soumis à une déclaration préalable. C'est grâce à l'entêtement de l'Église catholique qui refusait d'assujettir la réunion de ses fidèles pour le culte à une obligation de déclaration préalable que le régime de la liberté de réunion s'est véritablement libéralisé⁵⁶⁴. En effet, le législateur complétera la *loi du 30 juin 1881* par celle du 28 mars 1907 actant que les réunions publiques ne pouvaient plus être soumises à une exigence d'une déclaration préalable. C'est ainsi qu'aujourd'hui, en droit français, « les réunions publiques sont libres. Elles peuvent avoir lieu sans autorisation préalable » et « pourront être tenues sans déclaration préalable ».

De la même manière, le constituant espagnol de 1978 a consacré une liberté de réunion pacifique libre de toute obligation d'autorisation préalable. De plus, l'article 3 de la *ley organica 9/1983* du 15 juillet 1983 encadrant le régime juridique de l'exercice de la liberté de réunion réaffirme qu'aucune réunion ne peut être soumise à une autorisation préalable.

⁵⁶² Ibidem

⁵⁶³ Article 1^{er} de la *loi du 30 juin 1881* :

« Les réunions publiques sont libres.

Elles peuvent avoir lieu sans autorisation préalable, sous les conditions prescrites par les articles suivants ».

⁵⁶⁴ Gilles Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., aux p. 504-505.

À l'échelle internationale, l'article 11 de la *Convention européenne* ne pose aucune interdiction de régime d'autorisation préalable, cependant les États parties ont le choix d'octroyer dans leur droit respectif plus de garanties à la liberté de réunion pacifique que celles prévues par cet instrument juridique international. C'est le cas en particulier de l'Espagne qui, on l'a déjà noté, a posé une interdiction constitutionnelle de mettre en place un régime d'autorisation. Autrement dit, le législateur espagnol est lié par l'obligation constitutionnellement reconnue de ne pas soumettre la liberté de réunion à un régime d'autorisation préventive. En revanche, en droit français, pareille interdiction n'existant pas, le législateur français, à l'inverse de son homologue espagnol, peut par une simple loi modifier le régime de la liberté de réunion en soumettant son exercice à un régime d'autorisation préventive.

L'interdiction d'un tel régime d'autorisation au niveau européen aurait pu entraîner l'impossibilité, pour le législateur français, d'en prévoir un en vertu de la valeur supra-législative des dispositions conventionnelles. Néanmoins, l'article 11-2 de la *Convention européenne* prévoit la possibilité, s'agissant de l'exercice de la liberté de réunion, que la loi pose des restrictions. Précisément, un régime d'autorisation préventive de réunion sera conforme à la *Convention européenne* si celui-ci constitue une mesure « nécessaire dans une société démocratique » au regard des nombreux motifs de justification énumérés dans son article 11-2⁵⁶⁵.

À l'instar de l'article 11 de la *Convention européenne*, l'*alinéa 2 c)* de la *Charte canadienne* est dépourvue d'interdiction de régime d'autorisation. À ceci s'ajoute la possibilité, pour les pouvoirs compétents, de restreindre la liberté de réunion pacifique consacrée mais dans la limite, toutefois, de ce qui est « raisonnable et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »

⁵⁶⁵ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5, article 11-2 :

« 2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat ».

conformément à la clause de limitation générale de l'article premier de la *Charte*. Autrement dit, à la différence des systèmes français et espagnol, il est possible en droit canadien de soumettre l'exercice de la liberté de réunion pacifique consacrée à l'*alinéa 2 c)* à une obligation d'autorisation préalable. La mise en place d'un tel régime est, cependant, soumise à deux conditions : d'une part, l'obligation doit être émise par un organe compétent en vertu du principe de partage des compétences de la *Loi constitutionnelle de 1867* ; d'autre part, pour qu'un tel régime préventif soit constitutionnellement admis en droit canadien, il est nécessaire de pouvoir le justifier en tant que limite raisonnable au sein d'une société libre et démocratique en vertu des exigences de conformité constitutionnelle de l'article premier de la *Charte canadienne*.

2. L'exclusion des réunions non pacifiques

Le caractère « pacifique » de la réunion est au cœur de la définition de la liberté de réunion consacrée au sein des trois systèmes constitutionnels étudiés⁵⁶⁶. Une réunion est « pacifique » lorsqu'elle est dépourvue de violence.

Le caractère « pacifique » est ainsi posé comme le premier critère de distinction entre les réunions protégées et celles qui ne le sont pas. L'exclusion explicite des réunions violentes du champ de garantie de la liberté de réunion s'oppose à l'extension des garanties de la liberté d'expression aux expressions d'opinions violentes que l'on peut l'observer dans la jurisprudence canadienne. En effet, en l'absence de précision, les juges canadiens ont interprété très largement la liberté d'expression garantie en incluant dans le champ de protection de l'*alinéa 2 b) de la Charte canadienne* tous les contenus d'expressions, mêmes les plus violents. De cette façon, les discours haineux,

⁵⁶⁶ *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.U), 1982, c. 11, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5 art 11 :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ».

Article 21 de la *Constitution espagnole*, version française [en ligne] : <http://www.tribunalconstitucional.es/en/constitucion/Pages/ConstitucionFrances.aspx> :

« On reconnaît le droit de se réunir pacifiquement et sans arme. L'exercice de cette liberté n'est pas soumis à l'autorisation préalable ».

tels que les discours racistes ou antisémites⁵⁶⁷, bénéficient de la liberté d'expression en vertu d'une application indifférenciée des garanties constitutionnelles à tous les contenus expressifs. Pourtant, les discours haineux sont pénalement punis par l'article 319(2) du *Code criminel*⁵⁶⁸. Néanmoins, tant la doctrine que les juges canadiens admettent que les expressions aux contenus violents visées par les dispositions du *Code criminel* ne justifient pas qu'elles soient écartées de la garantie de l'*alinéa 2 b*) de la *Charte canadienne*⁵⁶⁹. Une telle interprétation est toutefois impossible en matière de réunion dès lors que le constituant canadien de 1982, à l'instar du constituant espagnol de 1978 et de la *Convention européenne* de 1950, ne consacre que les réunions pacifiques. Partant, la consécration explicite du caractère pacifique de la réunion exclut toute possibilité de protection constitutionnelle des réunions violentes. Autrement dit, les réunions violentes visées par le *Code criminel* canadien, ou par le droit pénal français et espagnol, sont totalement exclues des garanties de la liberté de réunion pacifique. Ainsi, les attroupements qui troublent la paix tels que les émeutes ou les insurrections sont, d'une part, exclus du champ de garantie de la liberté de réunion pacifique et, d'autre part, pénalement sanctionnés au sein des trois ordres juridiques étudiés⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ *R. c. Keegstra*, précit., à la p. 828.

⁵⁶⁸ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 319 (2) :

« Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, foment volontairement la haine contre un groupe identifiable ».

⁵⁶⁹ Peter Hogg, *Constitutional Law*, op. cit., à la p. 950.

⁵⁷⁰ En droit canadien, en vertu du *Code criminel*, « Attroupement illégal », L.R.C. 1985, C-34, art. 63 :

« Toute réunion de trois individus ou plus qui, dans l'intention d'atteindre un but commun, s'assemblent, ou une fois réunis se conduisent, de manière à faire craindre, pour des motifs raisonnables, à des personnes se trouvant dans le voisinage qu'ils ne troublent la paix ».

Ibid., article 64 :

« Une émeute est un attroupement illégal qui a commencé à troubler la paix tumultueusement ».

En droit français, en vertu du *Code pénal*, article 431-3 :

« Constitue un attroupement tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public ».

Ibid., article 412-3 :

« Constitue un mouvement insurrectionnel toute violence collective de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ».

En droit espagnol, en vertu du *Código penal*, article 557-1 :

« Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en el, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando o a otros llevarlos a cabo, serán castigados (...) ».

Si toutes les réunions violentes sont exclues des garanties de la liberté de réunion pacifique peu importe leur objet, *a contrario*, toutes les réunions pacifiques sont en principe protégées. Avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, certains juges canadiens n'hésitaient pas à admettre que la tenue de réunions sur la voie publique était intrinsèquement illégale⁵⁷¹. Ainsi, dans l'arrêt *Dupond*⁵⁷² de 1978, le juge Beetz, au nom de la majorité, a admis la validité d'un règlement de la municipalité de la ville de Montréal qui prévoyait « l'interdiction de toute assemblée, défilé et attroupement dans le domaine public de la ville pour une période de trente jours ». Avant 1982, au sein du système constitutionnel canadien, aucune garantie supra-législative de la liberté de réunion ne s'imposait aux pouvoirs publics canadiens. De cette façon, une municipalité, en respectant sa sphère de compétence, pouvait édicter un règlement interdisant certains types de réunions pacifiques. Puis, l'adoption de la *Charte canadienne* est venue limiter les pouvoirs d'interdiction des réunions pacifiques à travers la consécration du droit à la liberté de réunion pacifique de l'*alinéa 2 c*).

Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*⁵⁷³, en dépit du rejet du pourvoi⁵⁷⁴, la Cour suprême a procédé à une analyse hypothétique de la limite du piquetage au motif d'un délit d'incitation à la rupture de contrat⁵⁷⁵ et confirmé à cet égard que les principes juridiques découlant de la *common law* sont soumis aux garanties des droits et libertés consacrés par la *Charte canadienne*. Ainsi, si le délit d'incitation à la rupture d'un contrat peut limiter l'exercice du piquetage, dès lors que « l'objet même de la ligne de piquetage dans un conflit de travail est de décourager et de dissuader les gens d'entrer dans les locaux visés par le piquetage »⁵⁷⁶, ce principe juridique de *common law* doit

⁵⁷¹ *Dupond c. Ville de Montréal et autres*, [1978] 2 R.C.S.770, à la p. 797.

⁵⁷² *Dupond c. Ville de Montréal et autres*, [1978] 2 R.C.S. 770.

⁵⁷³ *Dolphin Delivery* op. cit.

⁵⁷⁴ En l'espèce, la Cour suprême a estimé que la validité constitutionnelle d'une injonction interdisant un *piquet de grève* devant l'établissement de *Dolphin Delivery* ne pouvait être examinée au regard de la liberté d'expression de la *Charte canadienne* dès lors qu'aucun acte du Gouvernement n'avait été invoqué. En effet, la *Charte canadienne* ne s'applique pas dans le cadre d'un litige privé.

⁵⁷⁵ Patrick Forget, *Sur la manifestation. Le droit et l'action collective*, op. cit., à la p. 26.

⁵⁷⁶ *B.C.G.E.U c. Colombie Britannique (procureur général)* [1988] 2 R.C.S., aux p. 230-231

se conformer aux droits et libertés garanties par la *Charte canadienne* pour être constitutionnellement valide.

En dépit du fait que la Cour suprême n'appréhende le piquet de grève qu'à l'aune des garanties de la liberté d'expression du fait de son aspect expressif⁵⁷⁷, un *piquet de grève* est susceptible d'être un exercice de réunion pacifique constitutionnellement protégé au sens de l'*alinéa 2 c)* de la *Charte canadienne*.

Pendant longtemps, le droit canadien distinguait, on l'a vu, *piquetage primaire* et *piquetage secondaire* ; le premier renvoyant au fait pour un groupe d'employés de se tenir devant ou à proximité de l'établissement de l'employeur afin de nuire à ses affaires⁵⁷⁸ et le second se différenciant simplement par le fait qu'il ne se limite pas aux relations employeurs/ employés⁵⁷⁹.

Si, depuis l'arrêt *Dolphin Delivery*, le *piquetage primaire* pouvait relever de l'expression protégée par l'*alinéa 2 b)* selon les juges canadiens, le *piquetage secondaire*, quant à lui, est demeuré pendant longtemps intrinsèquement illégal⁵⁸⁰. Les préjudices subis par des tiers indirectement concernés par le conflit à l'origine du piquetage le rendaient fondamentalement illégal en vertu de la *common law*⁵⁸¹. Or, pour être valides au sein du système normatif canadien, les principes de *common law* doivent se conformer aux garanties des droits et libertés consacrés par la *Charte canadienne*. L'illégalité intrinsèque d'un piquetage est susceptible de se heurter aux garanties de la liberté de réunion pacifique de l'*alinéa 2 c)* de la *Charte canadienne*.

⁵⁷⁷ *Dolphin Delivery*, précit., aux p. 586 et 588.

⁵⁷⁸ *Pepsi Cola*, précit., à la p. 171.

⁵⁷⁹ Ibid.

⁵⁸⁰ *Dolphin Delivery*, précit., à la p. 592 :

« Le piquetage secondaire tel celui en l'espèce est illégal de par l'effet combiné du par. 85(3) et de l'art. 88 du Labour Code de la Colombie Britannique RSBC 1979, chap 212, et modifications ».

Voir aussi l'arrêt *Pepsi Cola*, l'opinion du juge Lebel au nom de la majorité spécialement à partir de la p. 174.

⁵⁸¹ Pour une analyse du piquetage à l'aune de la *common law* distinguant « piquetage primaire » et « piquetage secondaire », voir l'opinion du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, op. cit., not. aux p. 590-592. On trouve également des exemples d'une telle analyse parmi les jugements de cours provinciales, par exemple : *Alex Henry and Son Ltd. v. Gale et al.* [1977] 14 O.R. (2d) 311.

En excluant l'application des garanties de la liberté de réunion pacifique aux piquets de grève au profit des garanties de la liberté d'expression, les juges canadiens n'ont répondu qu'à moitié à la question de la conformité constitutionnelle d'une mesure d'interdiction d'un piquetage non violent. Le caractère expressif d'un piquet de grève rend incompatible l'illégalité intrinsèque du *piquetage secondaire* avec la liberté d'expression constitutionnellement protégée tandis que le caractère pacifique d'un piquet de grève fait doublement obstacle à la reconnaissance de son illégalité lorsqu'il est non violent.

Section 2. La manifestation en tant que modalité d'exercice de la liberté de réunion

La valeur normative de la consécration d'un droit de réunion sur la voie publique diffère d'un système constitutionnel à l'autre. Le modèle espagnol se distingue en la matière avec une consécration spécifique et explicite de l'exercice de la liberté de réunion sur la voie publique dans le cadre d'une manifestation. À l'inverse, en droit français, le législateur exclut spécifiquement et explicitement la possibilité de se réunir sur la voie publique, *a fortiori* sous la forme d'une manifestation. Dès lors, pour donner une chance au droit de manifester son opinion sur la voie publique d'exister sans contredire la volonté du législateur, le juge constitutionnel français a rattaché l'exercice de la liberté de manifestation aux garanties de la liberté d'expression. Toutefois, cette reconnaissance jurisprudentielle omet de garantir l'utilisation de la voie publique à des fins d'expression, un caractère pourtant essentiel d'une manifestation (A). De cette façon, le législateur français, à l'inverse du législateur espagnol, n'est que très peu limité dans sa compétence d'encadrement de l'usage de la voie publique à des fins de manifestation. Il dispose effectivement d'une large marge de manœuvre pour établir le régime juridique régulant l'exercice de la liberté de manifestation. Toutefois, alors que rien ne l'empêchait de mettre en place un régime d'autorisation préalable, il semble que le législateur français ait fait le même choix que le constituant espagnol en choisissant d'établir un régime de déclaration préalable. Pour autant, même si la

Constitution espagnole offre une garantie supplémentaire contre les risques de glissement vers un régime d'autorisation en comparaison du droit français, la distinction entre régime de déclaration préalable et régime d'autorisation perd de son sens lorsqu'il demeure, dans l'un comme dans l'autre système, un pouvoir d'interdiction préventive (B).

A. La reconnaissance d'un droit de réunion sur les voies publiques

1. La consécration constitutionnelle d'un droit de réunion sur les voies publiques en droit espagnol

Ni l'*alinéa 2 c)* de la *Charte canadienne* ni l'article 11 de la *Convention européenne* ne consacrent explicitement un droit de tenir des réunions sur la voie publique. Malgré tout, dès 1978, dans l'arrêt *Rassemblement jurassien et Unité jurassienne*⁵⁸², la Cour européenne a confirmé que le droit de réunion pacifique « couvre à la fois les réunions privées et les réunions sur la voie publique »⁵⁸³. Si des doutes subsistaient alors entre l'application des garanties de la liberté d'expression de l'article 10 ou de celles de la liberté de réunion de l'article 11 de la *Convention européenne*, la jurisprudence *Ezelin*⁵⁸⁴ de 1991 est venue trancher la question. La Cour européenne a ici privilégié une application des garanties de la liberté de réunion de l'article 11 de la *Convention* en tant que véritable *lex specialis*⁵⁸⁵. De cette manière, depuis 1978, et plus particulièrement à partir de 1991, il est généralement admis que la manifestation est une modalité d'exercice de la liberté de réunion pacifique et qu'à ce titre, elle bénéficie des garanties de l'article 11 de la *Convention européenne*.

⁵⁸² *Rassemblement jurassien*, précit.

⁵⁸³ *Ibid.*, à la p. 103.

⁵⁸⁴ *Ezelin*, précit.

⁵⁸⁵ *Ibid.* au para 35, à la p. 15 :

« Dans les circonstances de la cause, ce texte s'analyse ne une *lex generalis* par rapport à l'article 11, *lex specialis*, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le rendre en considération séparément ».

Ibid., à la p. 19 :

« PAR CES MOTIFS, LA COUR : 1. Dit, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas de procéder à un examen séparé de l'affaire sous l'angle de l'article 10 (art. 10) ».

Or, en vertu de l'article 10 de la *Constitution espagnole*, les organes nationaux sont liés par les décisions de la Cour européenne. Dès lors, l'interprétation de cette dernière, selon laquelle la manifestation bénéficie des garanties de l'article 11 de la *Convention européenne* en tant que modalité d'exercice de la liberté de réunion pacifique, s'impose aux juridictions espagnoles. Toutefois, en droit espagnol, il n'est pas nécessaire d'envisager l'exercice de la liberté de manifestation à travers le prisme de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg pour la faire bénéficier des garanties de la liberté de réunion constitutionnellement garanties.

En effet, le constituant espagnol de 1978 a expressément consacré le droit d'utiliser la voie publique pour y tenir des réunions et des manifestations⁵⁸⁶. Ce faisant, a été repris, ni plus ni moins, le modèle allemand de la *Loi fondamentale* de Bonn ; une inspiration qui se ressent tant dans l'architecture du texte constitutionnel que dans ses influences doctrinales. Ainsi, l'article 21 de la *Constitution espagnole*, qui consacre la liberté de réunion pacifique, reprend l'article 8 de la *Loi fondamentale de Bonn*⁵⁸⁷ ; de manière toutefois plus précise. En effet, si l'exercice de la liberté de réunion « en plein air » est reconnu en droit allemand, la *Constitution espagnole* consacre explicitement « les réunions dans des lieux de circulation publique et les manifestations ». Le constituant espagnol a donc pris le soin de consacrer non seulement le droit d'utiliser les voies publiques de circulation pour exercer la liberté de réunion mais également le droit de tenir une réunion sous la forme d'une manifestation ; autrement dit, la réunion peut être en mouvement et avoir pour objectif principal de transmettre un message à travers la présence de manifestants.

Si l'on considère la liberté de réunion comme la liberté de former « *un groupement momentané de personnes, en vue d'entendre l'exposé d'idées ou d'opinions*

⁵⁸⁶ Article 21 de la *Constitution espagnole*, version française [en ligne] : <http://www.tribunalconstitucional.es/en/constitucion/Pages/ConstitucionFrances.aspx> :

« (...) Les réunions dans des lieux de circulation publique et les manifestations feront l'objet d'une communication préalable aux autorités, qui pourront l'interdire seulement s'il existe des raisons fondées d'une atteinte à l'ordre public, mettant en danger les personnes ou les biens ».

⁵⁸⁷ Article 8 de la *Loi fondamentale de Bonn* :

« Tous les Allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes, sans déclaration ni autorisation préalable. En ce qui concerne les réunions en plein air, ce droit peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi ».

ou de se concerter pour la défense d'idées ou d'intérêt », il est effectivement aisé de constater qu'une telle définition fait également référence à la manifestation quand bien même son exercice ne soit pas explicitement consacré. C'est le cas de l'*alinéa 2 c)* de la *Charte canadienne* et de l'article 11 de la *Convention européenne* qui reconnaissent la liberté de réunion pacifique sans préciser que son exercice peut avoir lieu sur la voie publique et en mouvement, c'est-à-dire sous la forme d'une manifestation. Pourtant, si une manifestation est un rassemblement concerté de personnes, pacifique et temporaire, dont la finalité est d'exprimer une opinion collective, les garanties de la liberté de réunion pacifique, telle qu'elle est conçue dans ces textes constitutionnels, trouvent bien application. En effet, le choix du lieu de réunion ainsi que la finalité de l'expression d'une opinion collective ne peuvent justifier l'exclusion des garanties de la liberté de réunion à un type particulier de réunion, à la condition que celle-ci conserve un caractère pacifique.

Autrement dit, l'absence de consécration explicite du droit de manifester ne justifie en rien que la manifestation soit exclue du champ de garantie de la liberté de réunion pacifique, dès lors que celle-ci réunit tous les éléments de définition d'une réunion. Il est à cet égard intéressant de noter que la *Constitution espagnole* offre une garantie supplémentaire quant aux modalités d'exercice de la liberté de réunion pacifique lorsque celle-ci prend la forme d'une manifestation ; une garantie absente des autres systèmes constitutionnels étudiés.

2. L'absence de consécration constitutionnelle d'un droit de réunion sur les voies publiques en droit français

Au sein du système constitutionnel français, on l'a vu, la *Convention européenne* dispose d'une valeur supra-législative en vertu de l'article 55 de la *Constitution*. D'autre part, depuis la décision constitutionnelle du 15 janvier 1975 sur *la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* à l'occasion de laquelle le Conseil

constitutionnel a renoncé à contrôler la conformité des lois aux traités⁵⁸⁸, c'est le Conseil d'État⁵⁸⁹, dans l'ordre juridictionnel administratif, ainsi que la Cour de cassation⁵⁹⁰, dans l'ordre juridictionnel judiciaire, qui sont les juges de la *conventionnalité* au sein de l'ordre juridique français. Autrement dit, c'est à eux qu'il revient notamment de contrôler la conformité des normes nationales aux droits et libertés garanties par la *Convention européenne*. De cette façon, on pourrait croire que le Conseil d'État et la Cour de cassation sont garants du respect de l'exercice de la liberté de manifestation en tant que prolongement de la liberté de réunion pacifique. Il n'en est cependant rien. En effet, tandis que les juges espagnols sont liés, en vertu des articles 10-2⁵⁹¹ et 96-1⁵⁹² de la *Constitution de 1978*, non seulement au droit de la *Convention européenne* mais également aux décisions de la Cour de Strasbourg, les juridictions françaises ne sont pas tenues de reprendre l'interprétation de la cette dernière. Elles sont seulement soumises aux dispositions de la *Convention européenne* en vertu de l'article 55 de la *Constitution française*. Partant, si les juges ordinaires français sont les gardiens de la *Convention européenne* au sein de l'ordre juridique français, ils ne sont pas les gardiens du respect de l'interprétation qu'en font les juges de la *Cour européenne*. C'est effectivement en ce sens que la Cour de cassation, tout comme le Conseil d'État français, ont estimé que « les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme n'ont aucune incidence en droit interne sur les décisions des juridictions nationales »⁵⁹³.

⁵⁸⁸ Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, op. cit., au considérant 7 :

« Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ».

⁵⁸⁹ CE, ass. plénière, 20 octobre 1989, *Nicolo*, précit.

⁵⁹⁰ Cour cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, précit.

⁵⁹¹ Article 10-2 de la *Constitution espagnole* :

« Une interprétation des normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne ».

⁵⁹² Article 96-1 de la *Constitution espagnole* :

« Les traités internationaux régulièrement conclus et une fois publiés officiellement en Espagne feront partie de l'ordre juridique interne. Leurs dispositions ne pourront être abrogées, modifiées ou suspendues que sous la forme prévue dans les traités eux-mêmes ou conformément aux normes générales du droit international ».

⁵⁹³ Cour cass., crim., *Saïdi*, JCP 1994, II, n 22349, note, P. Chambron ; D. 1995, Jur. P.80, note J-F Renucci ; Cour. cass., crim., 4 mai 1994, D 1995 p.80 note J-F Renucci.

Dès lors, faute de valeur normative au sein de l'ordre juridique français, les juges ne peuvent s'appuyer sur la reconnaissance de la manifestation en tant que modalité de la liberté de réunion pacifique consacrée à l'article 11 de la *Convention européenne* par les juges de Strasbourg. Autrement dit, les juges français ne reprennent pas la jurisprudence sur la liberté d'expression de la *Cour européenne* pour fonder juridiquement un droit d'expression sous la forme d'une manifestation.

En droit français, la voie publique n'est pas un lieu de réunion explicitement consacré ; cela est même tout l'inverse puisque le législateur du 30 juin 1881 n'a pas manqué d'interdire explicitement la tenue de réunions sur la voie publique⁵⁹⁴. De cette façon, les juges français n'ont pu voir dans la manifestation une modalité d'exercice de la liberté de réunion sans contredire la volonté explicite du législateur. Alors que la garantie normative de l'exercice de la liberté de manifestation paraissait condamnée au sein du système juridique français, il semble néanmoins que le Conseil constitutionnel a contourné un tel obstacle à la reconnaissance d'un droit de manifester au sein de l'ordonnement français en rattachant la liberté de manifestation à la liberté d'expression. En effet, comme il lui était impossible de reconnaître le droit de manifester *via* la liberté de réunion, il a écarté la difficulté en rattachant la liberté de manifestation à la liberté d'expression consacrée aux articles 10 et 11 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*⁵⁹⁵. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision « *Vidéosurveillance* » du 18 janvier 1995 précitée⁵⁹⁶, a ainsi consacré pour la première fois la « liberté d'expression collective des idées et des opinions » ; une décision qui a conduit les juristes français à affirmer qu'en France, l'exercice de la manifestation

⁵⁹⁴ Article 6 de la *loi 30 juin 1881* :

« Les réunions ne peuvent être tenues sur la voies publique ».

⁵⁹⁵ Article 10 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789 :

« Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public ».

Article 11 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789 :

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme, tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

⁵⁹⁶ Cons. const., n° 94-352 DC, précit.

bénéficiait désormais d'une protection de valeur constitutionnelle⁵⁹⁷ en tant que « composante essentielle de la liberté d'expression collective des idées et des opinions »⁵⁹⁸.

Cependant, en dépit d'une telle reconnaissance jurisprudentielle de l'existence d'un droit de manifester son opinion, le droit d'utiliser la voie publique à des fins de manifestation est resté lettre morte au sein du système constitutionnel français. En effet, le juge constitutionnel, dans la décision du 18 janvier 1995 précitée, n'a aucunement reconnu un tel droit mais a seulement confirmé l'application des garanties de la liberté d'expression aux expressions collectives. Partant, il importe de nuancer l'idée selon laquelle cette décision du Conseil constitutionnel offrirait une reconnaissance de la liberté de manifestation au sein du système constitutionnel français étant donné qu'elle semble omettre l'un de ses critères essentiels, à savoir l'utilisation de la voie publique.

À l'inverse du droit constitutionnel espagnol, non seulement la liberté de réunion pacifique peine à trouver une garantie constitutionnelle en France mais il semble, en outre, qu'aucune obligation ne pèse sur le législateur français de mettre à disposition la voie publique afin d'exercer la liberté de réunion pacifique. Or, au sein du système constitutionnel français, la compétence du législateur concernant l'utilisation de la voie publique à des fins de manifestation est très peu délimitée, ce qui lui donne une large marge de manœuvre pour prévoir un régime plus ou moins libéral.

B. Le principe dérogatoire du régime préventif en matière de réunion sur les voies publiques

1. L'obligation législative de déclaration préalable de manifestation comme unique reconnaissance d'un droit de réunion sur les voies publiques en droit français

Le législateur français a exclu toute possibilité de mettre en place un régime d'autorisation préalable de l'exercice de la liberté de réunion par deux fois. Tout

⁵⁹⁷ Louis Favoreu, « Note sous décision n 94-352 DC » (1995) 22 Revue Française de droit constitutionnel 362.

⁵⁹⁸ Cons. const. n° 94-352 DC, précit., aux considérants 16 et 24.

d'abord, à l'occasion de la *loi du 30 juin 1881* qui proclame que toutes les réunions sont libres, le législateur a explicitement consacré l'interdiction de mettre en place un régime d'autorisation préalable. Puis, il est venu compléter cette interdiction avec la *loi du 28 mars 1907* posant à nouveau l'interdiction de soumettre les réunions à un régime de déclaration préalable.

Toutefois, à plusieurs reprises, le législateur a écarté toute possibilité de tenir des réunions sur la voie publique. En premier lieu, à travers l'article 6 de la *loi du 30 juin 1881*⁵⁹⁹ ; une interdiction réitérée à l'article 1^{er} du *décret-loi de 1935*⁶⁰⁰. En excluant la possibilité de tenir des réunions sur la voie publique, le législateur a écarté ce faisant l'exercice de la liberté de manifestation - dont la particularité est justement d'être une réunion qui se tient sur la voie publique - de l'interdiction absolue de prévoir un régime préventif relative à l'exercice de la liberté de réunion. Alors que le législateur pouvait très bien soumettre la manifestation à un régime d'autorisation, il a donc fait le choix d'un régime d'apparence plus libéral, celui de la déclaration préalable.

C'est à la suite de la manifestation antiparlementaire du 6 février 1934, organisée à Paris devant la chambre des députés par des groupes de droite et des ligues d'extrêmes droite qui tourna à l'émeute et fit plusieurs morts et blessés, qu'a été édicté le *décret-loi du 23 octobre 1935*. À l'époque, les *lois constitutionnelles de 1875* ne délimitaient pas le domaine de la loi et ne contenaient aucune disposition interdisant les délégations de compétences⁶⁰¹. À ce titre, le Parlement pouvait, à sa guise, se décharger de sa compétence à travers des lois d'habilitation pour une période délimitée et une matière donnée. C'est ainsi qu'en 1935, le législateur français autorisa le Gouvernement à réglementer l'utilisation de la voie publique, ce qu'il fit en imposant une obligation de déclaration préalable de toute manifestation sur la voie publique aux

⁵⁹⁹ Article 6 de la *loi 30 juin 1881*, précit.

⁶⁰⁰ Article 1^{er} du *décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public* :

« Les réunions sur la voie publique sont et demeurent interdites dans les conditions prévues par la loi du 30 juin 1881, article 6 ».

⁶⁰¹ Francis Hamon, Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., Paris, LGDJ, 2018, à la p. 406.

autorités municipales et préfectorales. De cette façon, au sein de l'ordonnement juridique français, l'interdiction législative générale d'utiliser la voie publique à des fins de réunion de personnes consacrée par la *loi du 30 juin 1881* est assortie d'une exception : les manifestations préalablement déclarées aux autorités administratives.

Ainsi, tandis que le droit d'utiliser la voie publique pour organiser des réunions ne bénéficie d'aucune garantie constitutionnelle qui s'imposerait au législateur, celui-ci semble consacrer un droit d'utiliser la voie publique à des fins de manifestation lorsque l'intention est préalablement déclarée auprès des autorités.

Néanmoins, l'article 3 de la loi du 30 juin 1881 prévoit un pouvoir d'interdiction préventive de manifester lorsque la manifestation envisagée est de nature à troubler l'ordre public. Par conséquent, le droit d'utiliser la voie publique afin d'y organiser une manifestation est susceptible d'être soumis à l'appréciation discrétionnaire des autorités administratives qui peuvent décider ou non de ne pas l'interdire, autrement dit l'autoriser, au regard des troubles à l'ordre public considérés. En effet, lorsqu'une autorité conserve un pouvoir d'interdiction dans un régime de déclaration préalable celui-ci comporte un risque inhérent de glissement vers un régime d'autorisation.

Au sein du système constitutionnel français, les pouvoirs normatifs demeuraient donc très peu restreints dans leur compétence de réglementer l'usage de la voie publique, notamment s'agissant des manifestations. Ainsi, sur habilitation du législateur, le gouvernement a opté pour la mise en œuvre d'un régime de déclaration préalable mais rien ne l'empêche, par une simple modification réglementaire, de le remplacer par un régime pur et simple d'autorisation. Autrement dit, rien ne semble empêcher le Gouvernement, dans l'exercice de sa compétence normative, de prévoir un régime plus ou moins libéral selon la nature de la manifestation en cause.

Tandis que toute manifestation sur la voie publique est soumise à une obligation de déclaration préalable aux autorités municipales ou préfectorales, le *décret-loi de 1935* épargnait les manifestations « conformes aux usages locaux » de cette obligation. Or, au fil des années, l'interprétation qu'a retenue le Conseil d'État français de la notion

de manifestations « conformes aux usages locaux » ne s'est pas limitée aux seules manifestations religieuses mais s'est étendue aux « manifestations traditionnelles » entendues dans un sens large. Selon Marcel René Tercinet, il convient en effet d'entendre par « tradition » l'idée d' « ancienneté », de « périodicité », de « régularité »⁶⁰². Ces critères de régularité et de périodicité ne semblent, en revanche, pas concerner les manifestations politiques ou sociales dès lors que le juge du Conseil d'État a refusé d'admettre que les défilés du premier mai, par exemple, n'échappaient pas à une déclaration préalable auprès des autorités administratives, malgré sa périodicité et sa régularité au fil des années⁶⁰³.

Aujourd'hui, c'est toujours cette réglementation datant de la III^e République qui est en vigueur en matière d'encadrement de l'utilisation de la voie publique à des fins de manifestation. En effet, le *décret-loi de 1935* n'a subi presque aucune modification et a été confirmé à travers l'ordonnance du 12 mars 2012 qui a codifié les dispositions de celui-ci au sein du *Code de la sécurité intérieure*⁶⁰⁴. Autrement dit, le Gouvernement a fait le choix non seulement de conserver le large pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités administratives en matière d'interdiction préventive de manifestation, mais également de maintenir le critère indéfini de la conformité « aux usages locaux » qui soustrait certaines manifestations de l'obligation de déclaration préalable.

Pour autant, tant avec le *décret-loi de 1935* de la III^e République que sa codification durant la V^e République, le Gouvernement, sur habilitation du législateur français, s'est toujours gardé de définir ce qu'il entendait par « manifestation conforme aux usages locaux ». De cette façon, il préserve le pouvoir discrétionnaire des autorités, d'une part, et des juridictions administratives, d'autre part, de définir quelles sont les manifestations soumises à l'obligation de déclaration préalable de l'utilisation de la

⁶⁰² Marcel-René Tercinet, « La liberté de manifestation en France » (1979) RDP 1017.

⁶⁰³ Voir également : CE, 19 février 1954, *Union des syndicats ouvrier de la région parisienne CGT et sieur Henaff*, Rec. P. 113, Gaz Pal., 1954, I, à la p. 298.

⁶⁰⁴ Articles L. 211-1 à L. 211-4 et L. 211-12 à L. 211-14 du *Code de la sécurité intérieure*.

voie publique et celles qui ne le sont pas. En droit espagnol, il n'est pas possible de prévoir un tel régime différencié selon la nature de la manifestation. Avant la *Constitution de 1978*, les manifestations religieuses catholiques bénéficiaient d'un régime particulièrement libéral qui les faisait échapper au régime de la déclaration préalable contrairement à d'autres manifestations publiques⁶⁰⁵.

Aujourd'hui, cette réglementation privilégiée de l'utilisation de la voie publique pour des expressions religieuses a disparu dès lors qu'en vertu de l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*, toutes les manifestations, de nature religieuse ou non, sont tenues à l'obligation de déclaration préalable. En effet, bien que les processions religieuses publiques puissent être considérées comme le prolongement de la liberté de religion garantie par l'article 16 de la *Constitution*⁶⁰⁶, ni son article 21-2 consacrant un droit d'utilisation de la voie publique à des fins de manifestation ni la *ley organica 9/1983* ne prévoit un régime plus libéral pour les manifestations. Les seuls rassemblements de personnes qui échappent à l'obligation de déclaration sont ceux qui se tiennent dans des lieux fermés, de manière générale, et ceux énumérés à l'article 2 de la *ley organica 9/1983* précitée, relative au droit de réunion en particulier⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ L'article 1-3 du *décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public* (aujourd'hui codifié à l'article L. 211-1 du *Code de la sécurité intérieure*) prévoit que :

« sont dispensées de cette déclaration les sorties sur la voie publique conformes aux usages locaux ».

L'article 7 de la *ley regulando el ejercicio del derecho constitucional de reunion* du 15 juin 1880 excluait déjà l'obligation de l'obtention d'un permis pour les réunions publiques, « les processions de culte catholique » [en ligne] <http://www.ub.edu/ciudadania/textos/reunion/1880.htm>.

⁶⁰⁶ *Ley organica 7/1980* du 5 juillet 1980, *libertad religiosa*, art. 2 d) :

« La libertad religiosa y de culto garantiza por la Constitucion comprende, con la consiguiente inmutabilidad de coaccion el derecho de toda persona a : reunirse o manifestarse publicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente con el ordenamiento juridico general y lo establecido en la presente ley organica ».

⁶⁰⁷ *Ley organica 9/1983*, droit de réunion, art. 2 :

« Se podra ejercer el derecho de reunion sin sujecion a las prescripciones de la presente Ley organica, cuando se trate de las reuniones siguientes :

- a) Las que celebren las personas fisicas en sus propios domicilios
- b) Las que celebren las personas fisicas en locales publicos o privados por razones familiares o de amistad
- c) Las que celebren los partidos politicos Sindicatos Organizaciones empresariales sociedades civiles y mercantiles, Asociaciones, corporaciones, fundaciones, cooperativas comunidades de propietarios y demas entidades legalmente constituidas en lugares cerrados, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros, o a otras personas nominalmente invitadas ».

2. La garantie constitutionnelle du régime dérogatoire de la déclaration préalable à l'exercice de la manifestation en droit espagnol

Au sein du système constitutionnel espagnol, il est plus juste de parler davantage d'un droit de manifestation « préalablement déclaré » que d'un droit de manifestation en tant que tel. En effet, toutes les manifestations non-déclarées selon les conditions prévues à l'article 21-2 de la *Constitution* et la *ley organica 9/1983* sont exclues de la protection constitutionnelle. En droit espagnol, la consécration d'un droit de manifester va de pair avec la reconnaissance constitutionnelle de l'obligation de déclaration préalable de toute manifestation et réunion sur les voies de circulation. De cette façon, l'article 21-2 de la *Constitution* ainsi que la *ley organica 9/1983* délimitent strictement la compétence d'encadrer l'utilisation de la voie publique à des fins de manifestation.

Alors que l'article 21-1 consacre une liberté de réunion pacifique libre de tout régime d'autorisation, le constituant espagnol de 1978 a aussi prévu un régime dérogatoire de déclaration préalable pour les réunions prenant la forme d'une manifestation. À l'inverse du droit français qui ne considère pas la manifestation comme un type de réunion protégé par la liberté de réunion consacrée par le législateur, dans le système juridique espagnol, la manifestation est explicitement considérée comme une modalité d'exercice particulier de la liberté de réunion pacifique⁶⁰⁸. À ce titre, le constituant fait explicitement référence à l'exercice de la liberté de manifestation au second paragraphe du même article 21 qui consacre la liberté de réunion pacifique. De cette manière, l'interdiction absolue de soumettre l'exercice de la liberté de réunion à un régime d'autorisation consacrée au premier paragraphe de l'article 21 vaut pour les manifestations. En consacrant expressément l'inconstitutionnalité du régime d'autorisation préalable aux réunions pacifiques et en admettant un régime de déclaration en tant que régime dérogatoire, la *Constitution*

⁶⁰⁸ Luis Maria Diez Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor Civitas, coll. « Derechos fundamentales y libertades publicas », 3^e éd., 2008, à la p. 389.

espagnole prévoit donc une garantie constitutionnelle contre le glissement du régime de déclaration préalable vers un régime d'autorisation. De plus, s'il demeure des doutes quant à l'utilisation du régime de déclaration préalable comme un régime d'autorisation, il est possible de contester une mesure d'interdiction préventive devant le juge administratif en vertu de la procédure d'urgence prévue à l'article 11 de la *ley organica 9/1983*. Toutefois, le maintien d'un pouvoir d'interdiction rend difficile la distinction entre régime d'autorisation et régime de déclaration. En effet, dans l'un et l'autre cas, une manifestation interdite demeure une manifestation non-autorisée.

La nécessité d'une déclaration préalable à l'utilisation de la voie publique à des fins de manifestation trouve une justification dans le besoin d'information des pouvoirs publics responsables de la sécurité des personnes et des biens sur la voie publique⁶⁰⁹. D'ailleurs, en vertu de l'article 21-2 de la *Constitution*, c'est uniquement en présence « de raisons fondées permettant de prévoir que l'ordre public sera perturbé, mettant en danger des personnes ou des biens » qu'il est possible d'interdire préventivement une manifestation.

La difficulté de distinguer entre régime d'autorisation et régime de déclaration préalable lorsque l'organe de contrôle dispose d'un pouvoir d'interdiction préventive ne semble pas poser de problèmes de conformité particulier au sein du système constitutionnel français. Tout d'abord, parce que la liberté de réunion pacifique n'y a pas de valeur constitutionnelle. Partant, le législateur français n'est pas aussi restreint que le législateur espagnol et peut faire le choix de modifier le régime libéral de la liberté de réunion pacifique pour instaurer un régime plus répressif. En droit constitutionnel français, la liberté de réunion pacifique tire sa supra-législativité des traités internationaux qui la consacrent et qui engagent la France, en vertu de l'article 55 de la *Constitution*, comme c'est le cas de la *Convention européenne*. L'article 11 de cette dernière, on l'a vu, ne prévoit néanmoins aucune interdiction de régime d'autorisation. À l'inverse, son second paragraphe prévoit que les États parties peuvent

⁶⁰⁹ Roseline Letteron, *Libertés publiques*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2012, à la p. 544.

restreindre la liberté de réunion pacifique au moyen de mesures nécessaires « dans une société démocratique à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre à la prévention du crime à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et liberté d'autrui ». Toutefois, il semble que la Cour européenne considère qu'une interdiction préventive de manifestation perd son caractère « nécessaire dans une société démocratique », au sens de l'article 11-2 de la *Convention européenne*, lorsque les autorités publiques n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires pour permettre le déroulement pacifique d'une manifestation⁶¹⁰.

Ainsi, pour les juges européens, si les États parties peuvent soumettre l'exercice de la liberté de manifestation à une obligation de déclaration préalable celle-ci est insuffisante pour fonder toutes les mesures d'interdiction de manifester. En d'autres termes, pour la Cour de Strasbourg, les interdictions préventives de manifester sont conformes à la *Convention européenne* seulement si les autorités ont pris les mesures nécessaires pour assurer le bon déroulement pacifique des manifestations licites⁶¹¹.

Un tel raisonnement s'inscrit dans le mouvement jurisprudentiel développé dans les années 1980⁶¹² influencé par la « théorie de l'obligation positive »⁶¹³ selon laquelle l'obligation qui découle des droits et libertés reconnus par la *Convention européenne* suppose des mesures positives de la part des États. Les arrêts *Lopez Ostra*

⁶¹⁰ Voir : *Alexeïev c. Russie*, 21 octobre 2010, CEDH, 4916/07, 25924/08 et 14599/09, au para 73 ; *Plattform « Ärzte für das Leben »*, 21 juin 1988, CEDH, 10126/82, aux para. 32 et 34.

⁶¹¹ Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, *La convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, op. cit., à la p. 422. Voir aussi : *Plattform « Ärzte für das Leben »*, ibid., au para. 34 ; *Oya Ataman c. Turquie*, 5 décembre 2006, CEDH, 74552/01, au para 35 ; *Alexeïev c. Russie*, ibid., au para 73 ; *Gün et autres c. Turquie*, précit., au para 69.

⁶¹² C'est à partir de l'arrêt *X et Y c. Pays Bas* du 26 mars 1985 que la CEDH a recouru de manière plus fréquente à la notion d'« obligation positive » pour en faire un instrument de contrôle de *conventionnalité* des mesures étatiques. Toutefois, dès 1968, dans l'arrêt *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, CEDH, 1474, 1677, 1691/62 1769, 1994/63 et 2126/64, la Cour a évoqué l'idée selon laquelle, en vertu de l'article premier de la *Convention européenne*, les États contractants sont tenus au respect d'obligations positives au regard des droits garantis par cette dernière.

⁶¹³ Frédéric Sudre, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », dans *Protection des droits de l'Homme. La perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cari Heymanns, 2000, Koln, à la p. 1363.

du 9 décembre 1994⁶¹⁴ et *Powell et Rayner* du 21 février 1994⁶¹⁵ ont précisé le contenu de l'obligation positive en la définissant comme l'obligation pour les États « d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits »⁶¹⁶. Une telle théorie entraîne l'extension de la responsabilité des États parties à la *Convention européenne* en matière de manifestation.

Néanmoins, même si les juges de la Cour européenne semblent adopter une telle conception de la liberté de réunion pacifique, celle-ci ne s'applique pas en droit interne. En effet, les juges français ne sont liés, comme on l'a relevé, ni par les décisions de la Cour européenne ni par leur interprétation, mais seulement par les dispositions de *la Convention européenne*. Au sein du système constitutionnel français, il ne semble donc peser sur les autorités publiques aucune obligation juridique de prendre les mesures nécessaires pour assurer le bon déroulement d'une manifestation. Dès lors, le risque de glissement vers un régime d'autorisation est inhérent au système de déclaration préalable prévu par le droit français.

En revanche, au sein du système constitutionnel espagnol, il est possible de voir dans l'interdiction de mettre en place un régime d'autorisation une obligation pour les autorités gouvernementales, responsables de la sécurité des personnes et des biens sur la voie publique, de prendre les mesures nécessaires en vue d'assurer le déroulement pacifique d'une manifestation. De cette manière, la consécration de l'interdiction de prévoir un régime d'autorisation et les informations recueillies dans le cadre de la procédure de déclaration préalable de la part des organisateurs d'une manifestation font de la mesure d'interdiction préventive un procédé de dernier recours.

⁶¹⁴ *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, CEDH, 16798/90.

⁶¹⁵ *Powell et Rayner c. Royaume Uni*, 21 février 1990, CEDH, 9310/81.

⁶¹⁶ *Ibid.*, au para 41.

CHAPITRE 4

LA DÉLIMITATION DU DROIT DE TENIR UNE RÉUNION SOUS LA FORME D'UNE MANIFESTATION DANS L'ESPACE PUBLIC

La manifestation, en tant que forme de réunion publique, se distingue par le fait de toujours se dérouler dans l'espace public. Cette particularité explique pourquoi l'exercice de la liberté de manifestation reste largement soumis aux autorités administratives qui sont responsables du maintien de l'ordre public dans l'espace public. C'est effectivement sur cette nécessité de maintien de l'ordre public que se fonde l'obligation de déclaration préalable d'une manifestation. Ce régime juridique suppose un pouvoir d'interdiction préventive lorsque la manifestation envisagée porte en elle un risque de trouble à l'ordre public. Un tel pouvoir doit cependant être strictement délimité afin d'éviter le danger que la manifestation soit soumise à une censure arbitraire de l'administration qui pourrait être tentée de voir dans chaque manifestation un risque de troubles à l'ordre public. C'est le cas notamment durant les périodes exceptionnelles qui requièrent un régime dérogatoire du droit commun ; des périodes qui peuvent correspondre ou coïncider avec des moments de grandes mobilisations sociales. Les menaces de troubles à l'ordre public étant alors généralisées, les autorités administratives disposent dans ces situations d'un pouvoir de restriction préventive de la liberté de manifestation quasiment illimité (Sous-chapitre 1).

Or, dans de telles configurations, l'importance de délimiter le pouvoir de restriction préventive de la tenue de manifestations apparaît d'autant plus grande que les autorités titulaires de ce pouvoir sont au service des gouvernements généralement

visés par les protestations exprimées à travers ces manifestations. D'autre part, bien qu'il existe des principes jurisprudentiels encadrant strictement le pouvoir d'interdire préventivement une manifestation, les juges peuvent toutefois facilement s'en affranchir en élargissant les exigences d'ordre public selon les situations. Une telle flexibilité de la définition de l'ordre public, dont l'interprétation est à la discrétion des juges, peut tantôt desservir tantôt profiter à la liberté de manifestation. Il en résulte une jurisprudence hétérogène ne permettant pas d'assurer une sécurité juridique essentielle à l'exercice d'une liberté fondamentale. De plus, si les juges peuvent parfois procéder à un contrôle restreint des justifications des mesures d'interdiction préventive de manifester, un tel contrôle n'est jamais appliqué aux mesures de modification des modalités de la manifestation. Pourtant, celles-ci constituent bien des éléments essentiels de celle-ci, de sorte qu'un faible contrôle juridictionnel des mesures préventives visant à modifier sa tenue ouvre la voie à un pouvoir arbitraire de restriction de la liberté de manifestation (Sous-chapitre 2).

Sous-chapitre 1. La compétence de réglementation du droit d'organiser une manifestation dans l'espace public

Une des caractéristiques essentielles de la manifestation réside dans l'occupation de l'espace public à des fins d'expression et de communication. En matière de manifestation, le choix du lieu apparaît aussi important que le message qui cherche à être transmis. Ainsi, une ingérence quant au choix du lieu peut apparaître aussi grave qu'une intrusion dans le choix du discours communiqué. Néanmoins, une telle utilisation de l'espace public impliquant une forte concentration de personnes à un même endroit ne peut se faire sans réglementation au risque de compromettre la sécurité des citoyens, manifestants comme non manifestants. Ainsi, c'est sur le fondement de l'exigence du maintien de l'ordre public que peut être établi un régime préventif encadrant l'exercice de la liberté de manifestation. Un tel régime suppose une obligation préalable de déclarer l'intention de manifester reposant sur les organisateurs ainsi qu'un pouvoir d'interdiction préventive des autorités compétentes lorsqu'elles

estiment que la tenue de la manifestation est susceptible de troubler l'ordre public (Section 1). Ce pouvoir d'interdiction, confié à l'organe responsable de l'ordre et de la sécurité publics, autrement dit aux pouvoirs publics, doit toutefois être rigoureusement délimité afin d'éviter que le sort de l'exercice de la liberté de manifestation soit soumis à l'arbitraire de l'administration et, à travers elle, du gouvernement. La délimitation du pouvoir d'interdiction préventive va de pair avec la limitation du risque de trouble à l'ordre public. Or, en période de *crise*, les garanties de la liberté de manifestation peuvent être suspendues dans la mesure où le risque de troubles à l'ordre public est plus important. Une telle situation entraîne effectivement une extension du pouvoir d'interdire de manière préventive toute manifestation.

Certaines grandes mobilisations sociales, qui comptent la manifestation parmi leurs moyens d'actions, peuvent être appréhendées comme des périodes de *crise* mettant en danger la continuité de l'État et pouvant justifier l'application d'un régime qui déroge aux garanties de droit commun de la liberté de manifestation. Néanmoins, toutes les mobilisations sociales ne peuvent justifier l'application d'un tel régime dérogatoire sous peine de réprimer systématiquement la dissidence et de basculer vers un régime autoritaire. Il reste que lorsque des mouvements de contestation - qui peuvent prendre la forme de manifestations - naissent dans le cadre de l'application d'un régime dérogatoire du droit commun, ils sont soumis à un large pouvoir d'interdiction préventive de manifester et donc à un plus grand risque d'arbitraire ; ce même lorsqu'ils n'entretiennent aucun lien avec la raison au fondement de l'application de ce régime exceptionnel (Section 2).

Section 1. La compétence d'encadrement du droit d'organiser une manifestation dans l'espace public en période ordinaire

Bien que l'on retrouve sensiblement les mêmes éléments à indiquer dans le cadre de la procédure de déclaration préalable d'une manifestation en droit français et en droit espagnol, celle-ci dispose d'une valeur normative distincte au sein des deux systèmes constitutionnels. En effet, tandis que l'obligation de déclaration préalable

d'une manifestation et le pouvoir d'interdiction préventive qui en découle trouvent un fondement à l'article 21-2 de la Constitution espagnole, en droit constitutionnel français ils n'ont qu'une valeur législative. Les régimes préventifs ne sont pas non plus inconnus du droit canadien mais ils n'y sont consacrés ni par une disposition constitutionnelle ni par une loi fédérale. En effet, dans le modèle juridique canadien, l'établissement d'un tel régime préventif à l'exercice de la liberté de manifestation relève de la réglementation de l'utilisation de la voie publique et donc du champ constitutionnellement consacré de la compétence provinciale. C'est pourquoi, en droit canadien, il n'existe pas de régime préventif général propre à la manifestation mais plutôt des régimes préventifs déterminés par les droits provinciaux (A).

Cependant, la manifestation étant constitutionnellement protégée, l'existence d'un pouvoir d'interdiction préventive doit être assortie de garanties. Quelle que soit sa valeur normative, le pouvoir d'interdiction attaché à un régime préventif doit effectivement répondre à des exigences, que l'on retrouve au sein des trois systèmes constitutionnels analysés, afin qu'il puisse être constitutionnellement admis. Ces exigences consistent dans l'encadrement de ce pouvoir discrétionnaire. Cependant, parmi les systèmes constitutionnels étudiés, seul le juge constitutionnel espagnol a procédé à un véritable contrôle de conformité des droits et libertés constitutionnellement garantis avec l'établissement d'un régime préventif à l'exercice de la liberté de manifestation impliquant un pouvoir d'interdiction préventive. Ni le juge constitutionnel français ni la Cour suprême canadienne ne se sont manifestés sur la question de la conformité constitutionnelle d'un régime de déclaration préalable. En effet, la situation particulière du contrôle de constitutionnalité en droit français a permis et permet encore au régime de déclaration préalable d'une manifestation de bénéficier d'une présomption de constitutionnalité. Outre-Atlantique, si certaines cours provinciales canadiennes se sont prononcées sur la conformité constitutionnelle d'un tel régime préventif, la Cour suprême canadienne n'a jusqu'à présent jamais répondu à la question de la possibilité, pour les provinces, d'établir des régimes d'autorisation préalable au regard des garanties de la *Charte canadienne* (B).

A. La reconnaissance d'un pouvoir infra-législatif d'interdiction préventive de manifester

1. Un pouvoir infra-législatif d'interdiction de manifester d'origine constitutionnelle en droit espagnol

La réserve de loi est particulièrement renforcée dans le modèle juridique espagnol. L'article 53 de la *Constitution espagnole* prévoit effectivement que « c'est seulement par une loi, qui dans tous les cas doit en respecter le contenu essentiel, que l'on peut réglementer l'exercice des libertés et des droits qui sont protégés ». En outre, l'article 81 du texte constitutionnel prévoit que seule une loi organique peut organiser l'exercice des droits et libertés constitutionnellement consacrés. Ainsi, lorsqu'il s'agit de réguler l'exercice d'un droit constitutionnellement protégé, la *Constitution* exclut la compétence ordinaire du législateur. Le constituant espagnol de 1978 est donc allé plus loin qu'une simple réserve de loi classique pour préserver les droits fondamentaux en posant une réserve de loi organique. En matière de liberté de réunion et de manifestation, c'est la *ley organica 9/1983* du 15 juillet 1983 qui a posé le cadre juridique de l'exercice des libertés de réunion et de manifestation et qui délimite, par conséquent, le droit d'organiser une manifestation.

Pourtant, même si l'article 81-1 de la *Constitution espagnole* prévoit qu'il revient en principe au législateur, dans le cadre de sa compétence organique, de fixer le régime juridique « des droits fondamentaux et des libertés publiques », l'obligation de déclaration préalable d'une manifestation et le pouvoir d'interdiction préventive qui en découle trouvent aussi un fondement direct dans son article 21-2. En matière d'organisation de l'exercice de la liberté de manifestation, le constituant a donc restreint au maximum le choix du législateur, même dans le cadre de sa compétence organique, étant donné qu'il lui impose la mise en place d'un régime préventif de déclaration préalable.

Dès lors, en matière de droit d'organiser une manifestation, la réserve de loi organique se contente seulement de préciser le contenu de la procédure préventive de déclaration préalable constitutionnellement consacrée.

On retrouve à peu près les mêmes éléments de procédure dans la déclaration préalable prévue par la *ley organica* 9/1983 relative à la liberté de réunion en droit espagnol et celle indiquée dans le *Code de la sécurité intérieure* en droit français⁶¹⁷.

Tout d'abord, le dépôt de la déclaration est à faire auprès des mairies des communes concernées, sauf pour les villes disposant d'un statut particulier comme c'est le cas des villes françaises où est instituée la police d'État, tels Paris et Marseille, et les villes espagnoles ayant un statut autonome, comme Madrid et Barcelone, où le dépôt d'une déclaration doit se faire auprès de la *delegacion del Gobierno*.

Par ailleurs, en France comme en Espagne, les autorités administratives, auprès desquelles doit être déclarée l'intention de manifester disposent d'un pouvoir d'interdiction préventive lorsqu'il existe des raisons de croire que l'ordre public est susceptible d'être altéré. Toutefois, malgré des procédures quasi-identiques dans les deux pays, leur fondement normatif respectif ne leur donne pas la même valeur.

Tandis que le régime de déclaration préalable et le pouvoir d'interdiction des autorités administratives en cas de risques de troubles à l'ordre public sont constitutionnellement consacrés en droit espagnol - de sorte qu'ils s'imposent à toutes les normes du système juridique - en droit français ils n'ont qu'une valeur législative. Par ailleurs, la consécration du régime de la procédure de déclaration préalable par une loi organique lui donne valeur supra-législative. En droit espagnol, c'est ainsi seulement à la majorité absolue du Congrès des députés qu'il est possible de modifier

⁶¹⁷ Article L. 211-1 du *Code de la sécurité intérieure* :

« La déclaration est faite à la mairie de la commune ou aux mairies des différentes communes sur le territoire desquelles la manifestation doit avoir lieu, trois jours francs au moins et quinze jours francs au plus avant la date de la manifestation. A Paris, la déclaration est faite à la préfecture de police. Elle est faite au représentant de l'Etat dans le département en ce qui concerne les communes où est instituée la police d'État. La déclaration fait connaître les noms, prénoms et domiciles des organisateurs et est signée par trois d'entre eux faisant élection de domicile dans le département ; elle indique le but de la manifestation, le lieu, la date et l'heure du rassemblement des groupements invités à y prendre part et, s'il y a lieu, l'itinéraire projeté. L'autorité qui reçoit la déclaration en délivre immédiatement un récépissé ».

le contenu de ce régime tel qu'il a été fixé par la *ley organica* 9/1983⁶¹⁸. De ce fait, à l'inverse du modèle français, il bénéficie d'une garantie maximale en droit espagnol qui le met hors de portée du législateur ordinaire.

2. Un pouvoir infra-législatif d'interdiction de manifestation d'origine gouvernementale dans le modèle français

En matière d'encadrement de la liberté de manifestation, le *décret-loi du 23 octobre 1935* à l'origine du régime juridique relatif à son exercice contraste avec l'exclusion formelle de l'intervention du Gouvernement en matière de régulation des droits et libertés du droit espagnol. Le décret-loi était une catégorie particulière d'acte gouvernemental révélateur d'une extension importante du pouvoir dont disposait le Gouvernement⁶¹⁹ sous la III^e République. La pratique d'édicter ce type d'acte, aujourd'hui disparue, était une réponse aux difficultés de voter des lois, qui paraissaient pourtant nécessaires, rapidement en raison d'une procédure parlementaire trop lourde⁶²⁰. Tel a notamment été le cas au lendemain des événements tragiques de la manifestation du 6 février 1934 qui tourna à l'émeute et qui requit une réponse rapide de la part du Gouvernement. C'est dans ce contexte qu'a été pris le *décret-loi du 23 octobre 1935* fixant les modalités d'exercice de la liberté de manifestation sur la voie publique en droit français. Un tel fondement normatif contraste donc avec le droit espagnol qui exclut totalement la possibilité de prendre des actes de nature réglementaire dans un domaine qui requiert une loi organique⁶²¹. En effet, à l'inverse de ce que prévoit l'article 81-1 de la *Constitution espagnole*, au sein du système constitutionnel français, les lois organiques ne concernent pas la mise en œuvre des droits et libertés constitutionnellement garantis⁶²².

⁶¹⁸ Joan Vintro, « La protection des libertés » 2008 124 Pouvoirs [dossier : « L'Espagne »] 98.

⁶¹⁹ Francis Hamon, Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., Paris, LGDJ, 2018, à la p. 407.

⁶²⁰ Ibid.

⁶²¹ Ce que rappelle le Tribunal constitutionnel espagnol dans sa décision STC, 127/1994, 5 mai 1994, FJ 2b) et 3.

⁶²² Cons. const., n° 2004-506 DC, 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, au considérant 4, Rec. à la p. 211.

Bien que la pratique du décret-loi ait pu apparaître contraire aux principes politiques de la démocratie représentative ⁶²³, la *Constitution* de 1958 l'a institutionnalisée à travers le procédé de l'ordonnance dans son article 38. Il s'agit d'actes pris par le Gouvernement, sur habilitation législative, dans des matières qui relèvent en principe du domaine de la loi. En effet, le constituant français de 1958 a procédé, pour la première fois, à une distinction entre le domaine de la loi et celui du règlement ; autrement dit, entre un ensemble de questions qui relèvent de la compétence du législateur (article 34) et d'autres qui relèvent du Gouvernement (article 37). L'article 38 de la *Constitution française* prévoit donc la possibilité de modifier temporairement cette délimitation au profit du Gouvernement ⁶²⁴. Ainsi, bien que l'article 34 de la *Constitution française* réserve explicitement au législateur le domaine « des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », il est possible que le législateur délègue au Gouvernement sa fonction législative en matière de réglementation des droits et libertés en vertu de l'article 38-1 aux termes duquel :

« Le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demandé au parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ».

Or, le domaine que peut déléguer le législateur par voie d'habilitation est entendu au sens large ⁶²⁵. Le Conseil constitutionnel a effectivement rappelé que l'article 38 de la *Constitution* n'exclut de la délégation que les domaines relevant des lois de financement de la sécurité sociale ⁶²⁶, des lois de finances ⁶²⁷ et des lois organiques ⁶²⁸.

⁶²³ Francis Hamon, Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., op. cit., à la p. 408.

⁶²⁴ Ibid., aux p.784-785.

⁶²⁵ Michel Verpeaux, Pierre de Montalivet, Agnès Roblot Troizier, Ariane Vidal-Naquet, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. « Thémis Droit », 2011, à la p. 195.

⁶²⁶ Cons. const., n° 2004-506 DC, précit., au considérant 6.

⁶²⁷ Cons. const., n° 95-370 DC, 30 décembre 1995, *Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale*, au considérant 29.

⁶²⁸ Cons. const., n° 81-134 DC, 5 janvier 1982, *Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social*, au considérant 3.

La rigidité constitutionnelle de la garantie de la réserve de loi organique du droit espagnol contraste ainsi avec la souplesse des lois d'habilitation du droit français.

En effet, même si la procédure de déclaration préalable et le pouvoir d'interdiction préventive qui en découle concernent l'une des composantes de la liberté de communication de l'article 11 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* qui a une valeur constitutionnelle et relève donc *a priori* de la compétence législative, le législateur peut, par voie d'habilitation, abandonner sa fonction législative au profit du pouvoir exécutif afin de lui permettre d'« exécuter son programme ». En outre, la possibilité de demander une habilitation n'est pas subordonnée, comme en droit espagnol, à des circonstances exceptionnelles. Il suffit que le Gouvernement ait la volonté d'exécuter un choix politique pour que celui-ci soit considéré comme « un programme » à exécuter au sens de l'article 38⁶²⁹ de la *Constitution*.

Concernant l'objet de l'habilitation, le Gouvernement est tout de même tenu de justifier sa demande en précisant la finalité des mesures envisagées mais il ne doit pas pour autant préciser la teneur exacte des ordonnances au moment de sa demande d'habilitation⁶³⁰. Le Conseil constitutionnel est plutôt souple à cet égard étant donné qu'il a notamment estimé que cette exigence de précision avait été respectée à propos d'une loi qui avait habilité le Gouvernement à adopter plusieurs ordonnances portant sur la partie législative de tout un code. Néanmoins, selon la jurisprudence du juge constitutionnel français, lorsque la loi d'habilitation autorise le Gouvernement à prendre des ordonnances pour codifier des dispositions législatives existantes, ce dernier ne peut apporter de modification de fond à ces dispositions. Ainsi, c'est par *l'ordonnance n° 2012-351* du 12 mars 2012 relative à la partie législative du *Code de la sécurité intérieure* que le Gouvernement a codifié la procédure de déclaration préalable de l'exercice de la liberté de manifestation dans les mêmes termes que le *décret-loi de 1935* précité.

⁶²⁹ Francis Hamon, Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 32^e éd., Paris LGDJ, 2011, aux p. 788-789.

⁶³⁰ Ibid.

Ainsi, le fait que le régime de déclaration préalable et le pouvoir d'interdiction préventive qui s'y rattache concernent la mise en œuvre d'une liberté constitutionnellement garantie n'a jamais été un obstacle à la compétence gouvernementale. Il est vrai que le *décret-loi de 1935*, puis sa codification par l'*ordonnance de 2012*, leur octroient une valeur formellement législative. De plus, même si le Gouvernement reste prétendument dans son rôle d'exécutant de la volonté du législateur de lui déléguer son pouvoir⁶³¹, à travers la loi d'habilitation puis la loi de ratification des ordonnances, le faible encadrement de la loi d'habilitation, tant s'agissant du domaine de l'habilitation que de sa durée, permet de fait au Gouvernement de prendre les mesures de son choix au moment où il le souhaite.

3. La compétence spécifiquement provinciale en matière de réglementation de la manifestation en droit canadien

En droit canadien, ce sont les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui organisent la répartition des compétences entre l'ordre fédéral et l'ordre provincial. Or, en 1867, le système constitutionnel canadien était dépourvu de droits et libertés de valeur supra-législative. Ainsi, il est normal que leur mise en œuvre ne figure pas parmi les domaines de compétence attribués. Autrement dit, la mise en œuvre des droits et libertés constitutionnellement consacrés par la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982 ne relève pas exclusivement d'un ordre de gouvernement particulier ; elle peut relever autant du champ de compétences du législateur provincial que de celui du Parlement fédéral selon la question concernée.

Or, l'encadrement de l'utilisation de la voie publique, que suppose l'exercice de la liberté de manifestation, est un aspect relevant davantage de la compétence provinciale que des attributions fédérales. En effet, il s'agit d'une matière locale⁶³².

⁶³¹ Francis Hamon, Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 39^e éd. op. cit., à la p. 406.

⁶³² *Rio hotel LTD. c. Nouveau Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)* [1987] 2 R.C.S. 59, au para. 31 :

« (...) le contrôle et la réglementation de la circulation dans les rues est une question d'intérêt local et les défilés, de par leur nature même, exigent l'utilisation entière d'une rue ou d'une voie rapide au profit d'une cause ou d'un organisme. Le chaos qui pourrait résulter du fait qu'un organisme ou un groupe puisse envahir les rues sans avertissement préalable

Dès 1978, dans l'arrêt *Dupond*, la Cour suprême a admis la possibilité, pour les municipalités, en vertu du principe de partage des compétences posé par la *Loi constitutionnelle* de 1867, de réglementer l'utilisation des voies publiques en général et à des fins de manifestation en particulier.

Toutefois, les municipalités ne peuvent exercer que des pouvoirs qui leur sont expressément conférés par une loi. Par exemple, au Québec, la *Loi sur les compétences municipales*⁶³³ fonde le *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public de la Ville de Montréal* (« *Règlement P-6* »)⁶³⁴ qui prévoyait à l'article 2.1 qu' :

« au préalable de sa tenue, le lieu exact et l'itinéraire le cas échéant d'une assemblée, d'un défilé ou autre attroupement doit être communiqué au directeur du service de police ou à l'officier responsable ».

Une telle réglementation pouvait se fonder sur plusieurs articles de la *Loi sur les compétences municipales* indiquant notamment que toutes les municipalités québécoises sont susceptibles de prohiber certaines activités et de prévoir des règles spécifiques à l'égard de certaines activités⁶³⁵. D'autre part, en vertu de cette même loi, les municipalités peuvent adopter « tout règlement pour assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, le bien être général de sa population »⁶³⁶.

L'obligation préalable de déclarer le lieu et l'itinéraire d'une manifestation prévue par le *Règlement P-6* s'inscrivait dans la compétence de la ville de prendre des « règlements en matière de sécurité »⁶³⁷, notamment pour encadrer « tout usage d'une

et de façon prolongée et répétée serait susceptible de désorganiser toute la collectivité. Les transports et les communications dans les grandes régions urbaines constituent une question vitale quoique d'intérêt local et c'est à ce titre que la constitution les a attribués à la province et, par l'intermédiaire de celle-ci à la municipalité ».

⁶³³ *Loi sur les compétences municipales RLRQ c. C-47.1.*

⁶³⁴ *RRVM c P-6* tel que modifié par le règlement n° 12-024 du 18 mai 2012. Ce texte n'est plus en vigueur depuis 2019, à la suite d'une invalidation de deux de ses articles par la Cour supérieure du Québec en 2016.

⁶³⁵ *Loi sur les compétences municipales*, précit., article 6.

⁶³⁶ *Ibid.*, article 85.

⁶³⁷ *Ibid.*, article 62.

voie publique non visée par les pouvoirs que lui confère le Code de la sécurité routière »⁶³⁸.

Les règles en matière de sécurité routière ainsi que de transports routiers de personnes et de marchandises relèvent de la compétence provinciale et peuvent être rattachées au paragraphe 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatif à la propriété et aux droits civils⁶³⁹. Ainsi, en vertu de la compétence du législateur provincial d'assurer la sécurité des conducteurs et passagers des véhicules ainsi que des piétons utilisant les chemins publics de la province, l'article 500-1 du *Code de la sécurité routière* du Québec⁶⁴⁰ prohibe à toute personne d'occuper un chemin public au cours d'une action concertée destinée à entraver de quelque manière la circulation des véhicules, sauf lorsqu'il s'agit de :

« défilés ou d'autres manifestations préalablement autorisés par la personne responsable de l'entretien du chemin public à la condition que le chemin utilisé soit fermé à la circulation ou sous contrôle d'un corps de police ».

Une telle procédure d'autorisation préalable de manifester sur la voie publique suppose un pouvoir d'interdiction. Dans l'arrêt *Dupond*, les juges ayant présenté une opinion dissidente avaient soulevé l'inconstitutionnalité d'un tel pouvoir d'interdiction préventive qui empiétait, selon eux, sur la compétence fédérale exclusive d'incriminer des comportements déjà prohibés par le *Code criminel*⁶⁴¹. Si le juge Beetz, au nom de la majorité, a reconnu que le règlement en question traitait des attroupements et des émeutes déjà visés par les articles 63 et 64 du *Code criminel*, il a aussi considéré que la compétence d'un ordre de gouvernement ne peut fonder l'exclusion de la compétence d'un autre ordre de gouvernement. En effet, comme on l'a déjà noté, selon la « théorie du double aspect » développée par la Cour suprême⁶⁴², une même matière

⁶³⁸ Ibid., article 67. Le règlement a finalement été abrogé le 17 décembre 2019 (voir *Règlement 19-058* https://ville.montreal.qc.ca/documents/Adi_Public/CM/CM_PV_ORDI_2019-12-16_13h00_FR.pdf).

⁶³⁹ Voir : *Secrétaire du l'Île du prince-Édouard c. Egan* [1941] R.C.S. 396, aux p. 413-418 ; *Ross c. registraire des véhicules automobiles* [1975] 1. R.C.S. 5, aux pages 13-14.

⁶⁴⁰ *Code de la sécurité routière* RLRQ c. C-24.2.

⁶⁴¹ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, articles 63-1 et 64.

⁶⁴² *Multiple access Ltd. c. Mc Cutcheon* [1982] 2 R.C.S 161, aux p.190-191

peut relever tantôt de la compétence fédérale tantôt de la compétence provinciale. D'autre part, le juge Beetz, au nom de la majorité, a écarté l'argument de l'empiètement dès lors que le caractère préventif du pouvoir d'interdiction le distingue incontestablement de la nature répressive des dispositions criminelles.

Ainsi, d'une obligation de déclaration préalable d'une manifestation qui trouve un fondement dans la compétence provinciale en matière de sécurité sur la voie publique peut découler un pouvoir d'interdiction de manifester. Son caractère préventif le met à l'abri de toute contradiction avec le principe de répartition des compétences consacré par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

B. La délimitation du pouvoir d'interdiction préventif de manifester

1. L'encadrement du pouvoir discrétionnaire en tant que critère de constitutionnalité du pouvoir d'interdiction préventive de manifester

Dès 1982, le Tribunal constitutionnel espagnol a déclaré la constitutionnalité d'un régime préventif prévu pour les manifestations par la *ley de reuniones* de 1976⁶⁴³. Bien que cette loi précède l'entrée en vigueur de la Constitution de 1978, c'est à travers cette décision que le Tribunal constitutionnel a posé le principe de constitutionnalité de la procédure de déclaration préalable à l'exercice de la liberté de manifestation au sein du système constitutionnel espagnol.

En l'espèce, la requérante soulevait l'incompatibilité de l'article 5-2 de la *ley de reuniones*, qui prévoyait un délai de dix jours pour demander une autorisation de manifester auprès des autorités administratives compétentes, avec l'article 21 de la nouvelle Constitution qui exclut, dans son premier paragraphe, tout régime d'autorisation de l'exercice du droit de réunion en soumettant le droit de manifester à un simple devoir de communication, dans son second paragraphe.

Toutefois, selon le Tribunal constitutionnel espagnol, la similitude de l'objet visé par l'article 5-2 de la *ley de reuniones*, à savoir les réunions se tenant dans des lieux ouverts

⁶⁴³ *Ley 17/1976* du 29 mai 1976, *reguladora del derecho de reunion* (régulant le droit de réunion).

à la circulation du public, avec celui de l'article 21-2 de la *Constitution* suffisait à considérer que les exigences de la demande d'autorisation prévue dans cette disposition législative s'accordaient avec l'obligation de déclaration préalable de cet article constitutionnel. Plutôt que de déclarer l'inconstitutionnalité de la loi de 1976, ce qui aurait laissé un vide juridique en matière d'encadrement de l'exercice de la liberté de manifestation, le Tribunal constitutionnel s'est donc octroyé le pouvoir de remplacer le terme « autorisation » de l'article 5-2 de la *ley de reuniones* par celui de « communication » afin que cette disposition soit compatible avec l'article 21 de la *Constitution* ; en attendant que le législateur remplace la loi de 1976 par une loi organique tel que prévu par l'article 81-1 du texte constitutionnel.

Dans cette décision, le juge constitutionnel espagnol a aussi rappelé que l'article 21 de la *Constitution* ne déterminait pas de délai minimum pour s'acquitter de l'obligation de communiquer préalablement l'intention de manifester. Le silence du constituant laisse donc une marge d'appréciation au législateur pour décider du délai à respecter pour déclarer une manifestation auprès des autorités compétentes.

Il semble que le législateur organique de 1983 ait suivi le raisonnement du Tribunal constitutionnel en conservant le délai de dix jours minimum prévu par la *ley de reuniones* de 1976. Néanmoins, l'article 8 de la *ley organica* 9/1983 relative à la liberté de réunion prévoit également, à la différence de la loi de 1976, un délai maximal de trente jours et un délai *extraordinaire* de vingt-quatre heures lorsque des « raisons extraordinaires et graves justifient l'urgence de la convocation et de la célébration de la réunion dans un lieu de circulation publique ou de la manifestation ».

Il semble que ces délais ne soient ni déraisonnables ni arbitraires pour organiser une réunion ou une manifestation⁶⁴⁴. En effet, selon le Tribunal constitutionnel

⁶⁴⁴ À cet égard, les décisions du Tribunal constitutionnel du 20 janvier 1986 et du 19 juillet 1988 viennent affirmer la constitutionnalité du régime préventif prévu par la *ley organica* 9/1983, sur la base de la décision du Tribunal constitutionnel du 16 juin 1982. Voir : Pedro Luis Serrera Contreras, « El derecho de reunion y manifestacion », dans *Los derechos fundamentales y libertades publicas (Volumen II). XII Jornadas de estudios*, Direccion general del servicio juridico del Estado, Ministerios de Justicia, Secretaria general tecnica, Centro de publicaciones, 1992, aux p. 1369-1401.

espagnol, un délai minimal de dix jours pour déclarer une manifestation peut se justifier tant du côté des autorités administratives, qui doivent apprécier s'il existe des raisons fondées de croire que la manifestation projetée est susceptible de troubler l'ordre public, que du côté des organisateurs qui doivent, en vertu de la *ley de procedimiento administrativo* (loi de procédure administrative) bénéficier d'une voie de recours pour contester le cas échéant une décision d'interdiction de manifester. C'est pourquoi, l'article 10 de la *ley organica* relative au droit de réunion impose aux autorités de notifier la décision d'interdiction ou de modification dans un délai de quarante-huit heures, de sorte que les organisateurs puissent éventuellement former une action contre la décision administrative⁶⁴⁵.

Dès lors, il semble que la constitutionnalité d'un régime de déclaration préalable et du pouvoir d'interdiction qui en découle soit conditionnée à l'existence d'une voie de recours adaptée à l'urgence de la situation. Sans un contrôle juridictionnel rapide et efficace, un régime de déclaration préalable confiant un pouvoir discrétionnaire important à des autorités pour interdire préventivement une manifestation porterait atteinte au contenu essentiel du droit constitutionnel de réunion et de manifestation.

C'est justement cet encadrement essentiel du pouvoir discrétionnaire d'interdire des manifestations qui faisait défaut en l'espèce, empêchant de reconnaître la constitutionnalité de l'article 500-1 du *Code de la sécurité routière* du Québec. Ici, le législateur québécois soumettait l'organisation de la manifestation à une autorisation ou à une interdiction de la personne responsable de l'entretien du chemin public.

Puis, dans son arrêt *Garbeau c. Ville de Montréal*⁶⁴⁶, la Cour supérieure du Québec a estimé qu'une telle disposition ne pouvait constituer une limite raisonnable aux droits et libertés consacrés susceptible de se justifier dans le cadre d'une société

⁶⁴⁵ Article 11 de la *ley organica* 9/1983 du 15 juillet 1983 relative à l'exercice de la liberté de réunion, BOE n° 170; article 122 de la *ley* 29/1998 du 13 juillet 1998 relative aux juridictions contentieuses administratives.

⁶⁴⁶ *Garbeau c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 5246 [*Garbeau c. Montréal*].

démocratique dans la mesure où le pouvoir d'autoriser ou non une manifestation ne répondait pas aux exigences de ce que doit être une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En effet, aucune norme ne semblait ici encadrer ce pouvoir de manière suffisamment précise et compréhensible.

Or, si un régime d'autorisation préalable de manifester peut se justifier au sein d'une société libre et démocratique, celui-ci doit être encadré par des critères stricts liant une telle compétence d'interdiction ; ce qui n'était pas le cas de l'article 500-1 du *Code de la sécurité routière* du Québec⁶⁴⁷. Dans l'arrêt *Garbeau*, ce n'est donc pas la constitutionnalité de l'existence d'un régime d'autorisation préalable à l'exercice de la liberté de manifestation qui a été remise en cause mais plutôt l'absence d'encadrement du pouvoir d'interdiction ajoutée à une absence de recours qui a rendu le régime d'autorisation prévu par l'article 500-1 du *Code de la sécurité routière* inconstitutionnel. En l'espèce, non seulement la disposition en question accordait une marge importante de discrétion aux autorités quant aux critères utilisés pour fonder une décision d'interdiction mais aucun contrôle juridictionnel n'était en outre prévu pour contester une possible décision d'interdiction.

En revanche, en droit français, l'absence de voies de recours adaptées et effectives afin d'encadrer le pouvoir discrétionnaire d'interdiction de manifester n'a jamais été un obstacle à la constitutionnalité de l'obligation de déclaration préalable et du pouvoir d'interdiction préventive qui en découle.

En effet, jusqu'à la *loi n° 2000-597 du 30 juin 2000* relative au référé devant les juridictions administratives, les décisions administratives d'interdiction préventive de manifester n'étaient susceptibles de faire l'objet d'aucune procédure d'urgence permettant un contrôle juridictionnel efficace du pouvoir d'interdiction⁶⁴⁸. Ainsi, si le

⁶⁴⁷ Ibid., au para. 484.

⁶⁴⁸ Voir : Marcel-René Tercinet, « La liberté de manifestation en France » (1979) RDP 1058 ; H.-G. Hubrecht, « Le droit français de manifestation », dans Pierre Favre (dir.), *La manifestation*, Presses de la F.N.S.P., 1990, à la p. 199. Avant l'introduction de la procédure d'urgence du référé liberté par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, la seule solution « efficace » pour contester une décision d'interdiction préventive de manifestation résidait à l'article 3, alinéa 5 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* (abrogée en 1996) qui consacrait la

juge administratif annulait un arrêté interdisant une manifestation, cette annulation pouvait être prononcée plusieurs années après le jour où la manifestation aurait dû avoir lieu. Un tel contrôle était donc dépourvu d'efficacité et de pertinence⁶⁴⁹.

Cependant, depuis la loi du 30 juin 2000 précitée, qui a introduit l'article L. 521-2 du *Code de justice administrative*, le juge des référés saisi d'une demande justifiée par l'urgence peut ordonner dans un délai de quarante-huit heures toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public aurait porté atteinte. Bien que cette loi ne soit pas intervenue précisément pour pallier l'absence de recours efficace en matière de manifestation et malgré l'absence de véritable consécration de la liberté de manifestation au sein du système normatif français, cette procédure d'urgence assure désormais une réelle protection de l'exercice de la liberté de manifestation⁶⁵⁰. Plus précisément, c'est par la voie du *référé-liberté* qu'il est possible de contester les décisions d'interdiction de manifester découlant du pouvoir d'interdiction des autorités préfectorales en vertu de l'article L. 211-3 du *Code de la sécurité intérieure*.

À travers cette procédure d'urgence, le juge administratif français, statuant dans un délai de quarante-huit heures, peut ainsi, depuis 2000, ordonner la suspension de l'exécution d'une décision d'interdiction de manifester sur saisine des organisateurs.

Une telle procédure d'urgence est également prévue à l'article 10 de la *ley organica* 9/1983 relative à la liberté de réunion. Cependant, à la différence du dispositif

possibilité, pour les organisateurs de la manifestation, de demander un sursis à exécution des décisions d'interdiction au préfet qui pouvait « saisir dans les 48 heures le Tribunal administratif et ainsi ordonner le sursis à exécution de l'acte d'une autorité locale qui était de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle ». Cette protection juridique de la liberté de manifestation était cependant contestable, voire absurde, puisque l'initiative du recours était attribuée au préfet alors même que celui-ci, lorsqu'il n'était pas lui-même l'auteur de l'interdiction de manifester dans les villes où la police est étatisée, demeurait à tout le moins le gardien de l'ordre public. L'absence de contentieux en la matière illustre l'inefficacité de cette procédure.

⁶⁴⁹ H.-G. Hubrecht, « Le droit français de manifestation », *ibid.*, à la p. 199.

⁶⁵⁰ CE, juge des référés, 5 janvier 2007, *Ministre d'État, ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c. Association « Solidarité des Français »*, ord. n° 300311, Rec. Lebon T., à la p. 1013.

français, cette voie de recours a été spécifiquement prévue en droit espagnol pour le contentieux particulièrement urgent de la manifestation.

2. L'absence de contrôle de constitutionnalité de la procédure de déclaration préalable d'une manifestation en droit français

En France, à l'époque de la III^e République, les *lois constitutionnelles* de 1875 ne prévoyaient pas de domaine explicitement réservé au législateur si bien que celui-ci, faute de n'être soumis à aucun contrôle, déléguait parfois son pouvoir législatif à l'exécutif. C'est ainsi qu'en 1935, on l'a vu, le législateur français autorisa le Gouvernement à réglementer la manifestation sur la voie publique. Alors que le législateur de 1881 avait interdit le droit de réunion sur la voie publique, le gouvernement de 1935, sur habilitation du législateur, a posé une exception à cette prohibition générale : sont autorisés les rassemblements préalablement déclarés à la mairie de la commune concernée au moins trois jours avant leur tenue.

Néanmoins, jusqu'à l'entrée en vigueur de la procédure de la *question prioritaire de constitutionnalité* instituée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, il était impossible, au sein du système constitutionnel français, de procéder à un contrôle de conformité de l'obligation de déclaration préalable de manifester prévue par le *décret-loi du 23 octobre 1935* portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public.

Tout d'abord, relevons qu'avant 1958, le système constitutionnel français était dépourvu de juridiction constitutionnelle chargée de statuer sur la constitutionnalité des lois. C'est en effet le titre VII de la *Constitution* de 1958 qui a, pour la première fois, consacré un juge chargé de contrôler la conformité constitutionnelle des lois qui lui sont déférées avant leur promulgation⁶⁵¹.

⁶⁵¹ Pierre Pactet, *Droit constitutionnel*, 31^e éd., Paris, Sirey, 2012, à la p. 350 ; Francis Hamon, Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., op. cit., à la p. 804.

À ceci s'ajoute la décision « fondatrice »⁶⁵² de 1971 du Conseil constitutionnel par laquelle celui-ci s'est auto-proclamé protecteur des droits fondamentaux au sein du système constitutionnel français. En effet, en reconnaissant la valeur constitutionnelle du préambule de 1958, le juge constitutionnel a élargi le contrôle de conformité des lois aux droits et libertés consacrés dans la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, parmi lesquels figure notamment le droit à la libre communication des idées et des opinions reconnu dans son article 11.

Pour autant, malgré ces évolutions significatives en matière de contrôle de constitutionnalité, le *décret-loi de 1935* demeurait toujours à l'abri d'un tel contrôle. En premier lieu, parce que le contrôle institué par la Constitution de 1958 se limitait à un contrôle abstrait des seules lois déferées au Conseil constitutionnel avant promulgation⁶⁵³. Autrement dit, le contrôle de constitutionnalité excluait les lois qui, comme la *loi du 30 juin 1881* sur la liberté de réunion prohibant toutes les réunions sur la voie publique ou le *décret-loi de 1935* instituant l'obligation de déclaration préalable d'une manifestation, étaient déjà promulguées.

D'autre part, des doutes quant à la valeur constitutionnelle de la liberté de manifestation pouvaient également faire obstacle à tout contrôle de conformité dès lors que le contrôle de constitutionnalité ne s'exerçait qu'à l'aune des normes constitutionnelles soit directement énoncées par le texte constitutionnel, soit dégagées par le Conseil constitutionnel⁶⁵⁴. Or, le droit de manifester n'apparaît pas explicitement dans le texte constitutionnel de 1958 dépourvu de tout catalogue de droits et libertés, contrairement à la *Constitution espagnole* ou à la *Charte canadienne des droits et libertés*. De plus, jusqu'à sa décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 relative à la *loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, le Conseil constitutionnel ne s'était pas penché sur la question de savoir si l'exercice de la liberté de manifestation

⁶⁵² Expression utilisée dans Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 6^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis de droit public science politique », 2015, à la p. 144.

⁶⁵³ Ibid.

⁶⁵⁴ Pierre Pactet, *Droit constitutionnel*, op. cit., aux p. 507-508.

bénéficiait d'une protection constitutionnelle. Si cette question présentait peu d'importance en matière de contrôle de constitutionnalité de la réglementation de l'exercice de la liberté de manifestation au sein du système constitutionnel français du fait de l'impossibilité de contrôler la procédure de déclaration préalable de manifester prévue par le *décret-loi de 1935*, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a suscité un tout nouvel intérêt pour la question.

En effet, en introduisant au sein du système constitutionnel français la possibilité de contrôler *a posteriori* la conformité des lois à travers la procédure de la *question prioritaire de constitutionnalité*⁶⁵⁵, cette réforme a permis que des lois qui échappaient au contrôle constitutionnel ne le soient plus. Autrement dit, depuis la révision constitutionnelle de 2008, l'obligation de déclaration préalable de manifester du *décret-loi de 1935* est susceptible d'être soumise à un contrôle de constitutionnalité. Toutefois, ce nouveau contrôle se limite aux violations des droits et libertés constitutionnellement garantis. Or, en l'absence d'une liste de droits et libertés pré établie, il revient au juge constitutionnel de définir lui-même les droits et libertés qu'il entend protéger.

Il semble que le Conseil constitutionnel ait déjà admis la liberté d'expression collective des idées et des opinions parmi les droits et libertés constitutionnellement garantis. Toutefois, il paraît toujours privilégier la notion de liberté d'« expression collective des idées et des opinions », qu'il tire de sa jurisprudence du 18 janvier 1995 précitée, pour faire référence à l'exercice de la liberté de manifestation plutôt que de consacrer un véritable droit constitutionnel de manifester. Ainsi, dans sa décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, il a estimé qu'en confiant à l'autorité administrative le pouvoir d'ordonner la fermeture provisoire de lieux de réunion et d'interdire des réunions sans en préciser ni les conditions ni les motifs, le législateur avait opéré « une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le droit d'expression

⁶⁵⁵ Article 61-1 de la *Constitution française* :

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

collective des idées et des opinions et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public »⁶⁵⁶. Encore plus récemment, dans sa décision 2019-780 DC du 4 avril 2019 sur la *loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, le Conseil constitutionnel a estimé que l'atteinte portée à la liberté d'expression « collective des idées et des opinions » par le législateur était en l'espèce nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi⁶⁵⁷, à savoir la prévention des troubles à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions. Ces deux décisions illustrent le fait que le Conseil constitutionnel admet de contrôler la constitutionnalité des normes législatives portant atteinte à l'exercice de la liberté de manifestation sous couvert de la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression « collective des idées et des opinions ».

D'un autre côté, ces deux décisions révèlent également que les garanties de la liberté d'expression « collective des idées et des opinions » ont peu de poids face à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. En effet, si le Conseil constitutionnel laisse planer des doutes quant à l'existence d'un véritable droit constitutionnel de manifester au sein du système constitutionnel français, il a toutefois très clairement affirmé la valeur constitutionnelle de la sauvegarde de l'ordre public.

Ainsi, il y a peu de chance que l'inconstitutionnalité de l'obligation de déclaration préalable de manifester soit, un jour, soulevée au sein du système constitutionnel français.

Tout d'abord, la constitutionnalité d'une telle obligation de déclaration préalable a peu de chance de passer le filtre du Conseil d'État ou de la Cour de cassation à qui l'article 61-1 de la *Constitution* de 1958 réserve exclusivement le droit de saisir le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité. En effet, un

⁶⁵⁶ Cons. const., n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'Homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]*, au considérant 10. Bien qu'il différencie liberté de manifestation et liberté de réunion, le Conseil constitutionnel rattache ces deux libertés au droit d'expression consacré à l'article 11 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*.

⁶⁵⁷ Cons. const., n° 2019-780 DC, 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, au considérant 16.

tel mode de filtrage en faveur des deux plus hautes juridictions de l'ordre juridique français permet à ces dernières d'éviter de déférer des questions qui, de leur point de vue, sont dénuées d'intérêt juridique. Or, il est généralement admis en Europe, notamment par la Cour européenne des droits de l'Homme depuis l'arrêt *Rassemblement jurassien et Unité jurassienne c. Suisse* de 1979, que le fait de soumettre à autorisation préalable la tenue d'une réunion sur la voie publique ne porte pas atteinte au droit de réunion⁶⁵⁸. La conventionnalité des régimes d'autorisation préalable de manifester est admise dès lors que de tels régimes préventifs sont nécessaires dans une société démocratique aux termes de l'article 11-2 de la *Convention européenne*⁶⁵⁹. En vertu de celui-ci, la sécurité nationale, la sûreté publique, la défense de l'ordre, la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale et la protection des droits et libertés d'autrui sont autant de motifs justifiant la conformité conventionnelle de l'obligation de déclaration préalable de manifester.

La conformité constitutionnelle, quant à elle, ne rencontre pas plus de difficultés dans le système constitutionnel français puisque le Conseil constitutionnel a érigé la sauvegarde de l'ordre public en « objectif de valeur constitutionnelle »⁶⁶⁰ susceptible de justifier des restrictions importantes à l'exercice de la liberté de manifestation, comme en témoignent de récentes décisions⁶⁶¹.

Section 2. La compétence d'encadrement du droit d'organiser une manifestation dans l'espace public en période extraordinaire

⁶⁵⁸ *Rassemblement jurassien et Unité jurassienne c. Suisse* [*Rassemblement jurassien*], 10 octobre 1979, CEDH, 8191/78, à la p. 105.

⁶⁵⁹ Voir, par exemple : *Rune Andersson c. Suède*, 13 décembre 1988, CEDH, 12781/87, à la p. 171 ; *Çiloglu et autres c. Turquie*, 6 mars 2007, CEDH, 73333/01, au para. 47 ; *Yesilgoz c. Turquie*, 4 janvier 2005, CEDH, 45454/99, au para. 30 ; *Oya Ataman c. Turquie*, 5 décembre 2005, CEDH, 74552/01, au para. 37 ; *Gün et autres c. Turquie*, 18 juin 2013, CEDH, 8029/07, au para. 73.

⁶⁶⁰ Voir : Pierre de Montalivet, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », dans Michel Verpeaux, Pierre de Montalivet, Agnès Roblot Troizier, Ariane Vidal-Naquet, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, op. cit., à la p. 255.

⁶⁶¹ Voir : Cons. const., n° 2016-535 QPC, précit., au considérant 10 ; Cons. const., n° 2019-780 DC, précit., au considérant 16.

Pour lutter contre des événements susceptibles de mettre en péril la continuité de l'État, il est courant que les systèmes constitutionnels prévoient des régimes dérogatoires au droit commun et de caractère temporaire. Ces régimes ont la particularité de donner un fondement normatif à des mesures qui, en période normale, auraient été en totale contradiction avec les principes constitutionnels garantissant les libertés. Parmi les libertés les plus restreintes dans le cadre de ces régimes dérogatoires figure la liberté de manifestation sur la voie publique.

La *Constitution espagnole* prévoit expressément la possibilité de suspendre le droit de réunion et de manifestation consacré dans son article 21 dans les cas où aurait été déclaré l'état d'alerte, d'exception ou de siège. En droit canadien, la suprématie législative, notamment garantie par la clause dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne*, permet aux législateurs de suspendre les droits et libertés consacrées en cas de circonstances exceptionnelles. En France, bien que la Constitution prévoie des régimes dérogatoires en cas de circonstances exceptionnelles permettant de suspendre la liberté de manifester, il subsiste un régime dérogatoire d'origine exclusivement législatif, comme dans le modèle juridique canadien (A).

De plus, le contrôle de l'opportunité de recourir à de tels régimes dérogatoires paraît peu contraignant de sorte qu'il semble possible de les mettre en œuvre à des fins de répression des mobilisations sociales susceptibles de fragiliser le pouvoir en place. En effet, l'interprétation de la légalité en temps de crise permet non seulement de suspendre les garanties du droit de manifester mais met également à la disposition du Gouvernement tout un arsenal de moyen pouvant « tuer dans l'œuf » toutes formes de contestation telle la manifestation (B).

A. Le pouvoir de suspendre la liberté de manifestation en période exceptionnelle

1. Un pouvoir de suspension de la liberté de manifestation d'origine constitutionnelle

L'article 55 de la *Constitution espagnole* prévoit expressément la possibilité de suspendre le droit de réunion et de manifestation reconnu à l'article 21 dans les cas où

aurait été déclaré l'état d'alerte, d'exception ou de siège. En vertu de l'article 116-1 de la *Constitution*, l'encadrement de ces régimes juridiques dérogatoires a dû se faire à travers une loi organique. Ainsi, selon la *ley organica 4/1981 de los estados de alarma, excepcion y sitio*, le Gouvernement, sur autorisation de la Chambre des députés, peut obtenir l'autorisation de suspendre la liberté de manifestation sur tout ou partie du territoire pendant la période durant laquelle un état d'alerte, d'exception ou de siège est proclamé. Aux termes de l'article 22-1 de la *ley organica 4/1981*⁶⁶², sur autorisation préalable de la Chambre des députés, au moment de l'autorisation de déclaration de l'état d'exception, l'autorité compétente pourra interdire, dissoudre ou soumettre l'exercice de la liberté de manifestation à une autorisation préventive.

L'article 16 de la *Constitution française* prévoit quant à lui implicitement un tel pouvoir extraordinaire de suspension d'un droit de manifester son opinion sur les voies publiques, à la seule discrétion du Président de la République. En effet, cette disposition indique que :

« Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances ».

En vertu de cet article, les mesures susceptibles d'être prises par le Président de la République ne rencontrent aucune limite, ni d'objet ni de nature, de sorte qu'il lui soit tout à fait loisible de restreindre ou de suspendre la liberté de manifestation à sa guise et, à la différence de ce que prévoit le droit espagnol, durant toute la période de crise.

Au Canada, avant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en l'absence de consécration de droits et libertés jouissant d'une autorité supérieure aux lois, la dérogation à la liberté de manifestation se faisait en vertu de la *common law* qui reconnaît, en des circonstances exceptionnelles, la validité d'actions ou de décisions prises par des autorités exécutives, ou même par des autorités *de facto*, en marge du

⁶⁶² Article 22-1 de la *ley organica 4/1981 de estados de alarma, excepcion y sitio* :

« Cuando la autorizacion del congreso comprenda la suspension del articulo 21 de la Constitucion, la autoridad gubernativa podra someter a autorizacion previa a prohibir la celebracion de reuniones y manifestaciones ».

droit ordinaire. Il s'agissait soit d'un résidu de la prérogative royale, soit de l'application de la doctrine de la nécessité. Si ces doctrines trouvent leur origine au sein de la jurisprudence anglaise⁶⁶³, elles s'appliquent en droit canadien permettant ainsi aux autorités législatives et exécutives de prendre les mesures d'exception qui s'avèrent nécessaires pour assurer la défense de l'État⁶⁶⁴. Toutefois, seules les autorités fédérales peuvent le faire en toute matière en cas de situation d'urgence. C'est effectivement en ce sens qu'a été interprété le paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶⁶⁵ qui prévoit qu' :

« Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du sénat et de la chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières [...] ».

Le pouvoir d'urgence en matière « de paix, d'ordre et de bon gouvernement » semble dépasser la répartition des compétences prévues par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle* de 1867 dès lors que l'urgence engendre une nouvelle configuration qui, d'une part, transcende les catégories de matières dévolues aux provinces par l'article 92 et, d'autre part, donne plus de marge de manœuvre au pouvoir fédéral⁶⁶⁶. L'urgence permet donc la centralisation exceptionnelle des pouvoirs, normalement partagés entre les deux ordres de gouvernement, entre les mains du pouvoir fédéral⁶⁶⁷. D'un autre côté, le pouvoir fédéral et le pouvoir des provinces peuvent adopter des mesures d'urgence dans les matières qui relèvent déjà de leurs compétences sans avoir besoin d'un transfert ou d'une modification du partage d'attributions⁶⁶⁸.

⁶⁶³ Voir : *R. c. Hampden* (the case of ship money) (1637) 3 State Tr. 825, 1162-1163 ; *Entick c Carrington* (1765) 19 State Tr. 1029, 1073

⁶⁶⁴ Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2014, à la p. 795.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, à la p. 584 :

« La jurisprudence a constamment reconnu au fédéral le pouvoir de faire face aux situations de crise en vertu de l'alinéa introductif de l'article 91. Dans la première moitié du XX^e siècle, le Conseil privé a même laissé entendre que l'urgence était la seule justification de l'exercice du pouvoir général du fédéral ».

⁶⁶⁶ *Ibid.* Voir aussi : *Fort Frances Pulp and Power Co. c. Manitoba Free press co.*, [1923] A. C. 695.

⁶⁶⁷ *Ibid.* à la p. 585.

⁶⁶⁸ C'est le cas, par exemple, de la *Loi sur la sécurité civile*, L.R.Q. c, S-2.3 qui concerne l'état d'urgence au Québec et qui peut se rattacher aux paragraphes 13 et 16 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle* de

Par ailleurs, en l'absence de consécration constitutionnelle de la liberté d'expression et de réunion pacifique, une simple loi ordinaire, qu'elle soit prise en période d'urgence fédérale ou provinciale, pouvait interdire purement et simplement l'exercice de la liberté de manifestation. Avant 1982, ces libertés, pourtant consacrées à l'article premier de la *Déclaration canadienne des droits et libertés*, ne pouvaient faire obstacle à une dérogation par une loi ordinaire prévoyant un régime dérogatoire en période d'urgence⁶⁶⁹. Aujourd'hui, malgré l'introduction de l'*alinéa 2 b)* de la *Charte canadienne*, la situation n'est pas bien différente. En effet, malgré l'introduction d'une *Charte constitutionnelle des droits et libertés* au sein du système constitutionnel canadien par la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui consacre les libertés d'expression et de réunion pacifique à l'article 2, la valeur supra-législative de ces libertés consacrées est toutefois à relativiser dès lors que l'article 33 de la *Charte canadienne* prévoit la possibilité, pour le Parlement fédéral et les législatures provinciales, de déroger aux droits et libertés consacrés aux articles 2 et 7 à 15 de celle-ci.

Alors que l'article 16 de la *Constitution française* et l'article 55 de la *Constitution espagnole* conditionnent la suspension du droit à la liberté de manifestation à la présence de circonstances exceptionnelles, au Canada cette suspension dépend seulement de la volonté du Parlement fédéral ou d'une assemblée législative provinciale de déroger à l'article 2 de la *Charte canadienne* consacrant les libertés d'expression et de réunion pacifique. Dès lors, dans le modèle juridique canadien, le pouvoir législatif est à l'origine d'un régime dérogatoire de droit commun en cas de circonstances exceptionnelles et peut suspendre à sa guise les garanties constitutionnelles de la liberté d'expression et de réunion pacifique, donc de la liberté de manifestation.

1867. C'est le cas également au niveau fédéral avec, par exemple, *la loi d'urgence sur l'approvisionnement d'énergie* L.R.C (1985), c, E-9.

⁶⁶⁹ *Déclaration canadienne des droits* S.C., 1960, c 44, article 2 ; *Loi sur les mesures de guerre* L. C. 1960, c.44, article 6 (5).

2. Le pouvoir de suspension de la liberté de manifestation d'origine législative

En droit canadien, jusqu'en 1988, la *loi sur les mesures de guerre* de 1914 (*War measures Act*) fondait le régime dérogatoire en cas de menace d'une guerre, d'une invasion ou d'une insurrection⁶⁷⁰. Cette loi suspendait le régime parlementaire et le principe de répartition des compétences au profit du pouvoir fédéral, en accordant au Gouvernement fédéral le pouvoir de prendre toutes les mesures jugées nécessaires pour la sécurité, la défense, la paix, l'ordre, et le bien-être du Canada. Alors que cette loi avait été prise dans le contexte d'une guerre mondiale, une loi similaire fut adoptée pour gérer une crise intérieure en 1970. En raison d'un état d'insurrection mené par le Front de libération du Québec, une *Loi sur les mesures de guerre* a été effectivement votée le 16 octobre 1970, qui a permis au Gouvernement canadien de suspendre la Constitution et notamment le partage des compétences⁶⁷¹. Précisément, en vertu des pouvoirs qu'il tirait de cette loi, le Gouvernement fédéral pouvait édicter des ordonnances et des règlements concernant toutes les matières, y compris l'exercice des droits et libertés. Plus précisément, le Gouvernement canadien avait la possibilité de suspendre les droits et libertés des citoyens sur tout ou partie du territoire canadien, y compris la liberté de manifestation. En l'espèce, le Gouvernement a suspendu toutes les garanties de la liberté d'opinion, d'expression et d'association en édictant le *Règlement de 1970 concernant l'ordre public*⁶⁷² qui frappait non seulement le Front de Libération du Québec d'interdiction mais qui fondait également l'arrestation de toute personne soupçonnée d'être membre de ce mouvement⁶⁷³. De cette façon, il est aisé

⁶⁷⁰ *War measures Act*, 1914, 5 *George V*, chap. 2, article 3.

⁶⁷¹ Yves de Montigny, « La sécurité nationale devant les tribunaux : un équilibre précaire entre droit fondamentaux et sûreté de l'État », (2016) 1 *Les conférences Chevette* [Marx (1)] 6.

⁶⁷² Par exemple, en 1970, le Gouvernement canadien édicta le *Règlement de 1970 concernant l'ordre public* (1970) 104 *Gaz. Can II*, 1128, frappant le FLQ d'interdiction et fondant l'arrestation de toute personne soupçonnée d'être membre de l'association interdite.

⁶⁷³ En vertu de l'article 4 (a) de ce règlement, était coupable d'un acte criminel passible d'emprisonnement toute personne membre de l'association illégale. D'autre part, en vertu de l'article 9-1 (a), l'appréciation de l'adhésion d'une personne à une association illégale était à l'entière discrétion de la police qui pouvait se fonder sur un simple doute. Ce n'était pas l'adhésion expresse au Front de libération nationale qui fondait une arrestation mais toute suspicion d'adhésion à toute association

d’imaginer que la *Loi sur les mesures de guerre* pouvait non seulement fonder une suspension de la liberté de manifestation sur tout le territoire mais était également susceptible de faire de la manifestation un acte criminel sanctionnable.

L’utilisation qui en a été faite pendant la « crise d’octobre » a mis en lumière les dangers de la possibilité ainsi offerte au Gouvernement fédéral de proclamer un régime dérogatoire sans qu’aucun contrôle efficace, judiciaire ou parlementaire, ne puisse s’exercer⁶⁷⁴. Le Parlement a depuis abrogé cette loi pour la remplacer par la *Loi sur les mesures d’urgence. L.R.C. 1985, c-22*. Toutefois, bien que cette dernière prévoie un meilleur encadrement du régime dérogatoire, en matière de manifestation, l’article 19 (1) i) dispose :

« Pendant la durée de validité de la déclaration d’état d’urgence, le gouverneur en conseil peut par décret ou règlement prendre dans les domaines suivants toute mesure qu’il croit pour des motifs raisonnables fondée en l’occurrence :

a) la réglementation ou l’interdiction :

(i) des assemblées publiques dont il est raisonnable de penser qu’elles auraient pour effet de troubler la paix [...] ».

Dès lors, la proclamation de l’état d’urgence par le gouverneur, en vertu de l’article 17 (1) de la *Loi sur les mesures d’urgence. L.R.C. 1985, c-22*, peut fonder la suspension de la liberté de réunion et donc de manifestation.

Au sein du système constitutionnel espagnol, un tel scénario est inenvisageable dès lors que la *Constitution* encadre tous les régimes dérogatoires et soumet leur mise en œuvre, on l’a vu, à une réserve de loi organique. En France, il est curieux de voir subsister un régime dérogatoire d’origine exclusivement législative, comme dans l’exemple canadien, alors même que la *Constitution* encadre les pouvoirs exceptionnels du Président de la République en période de crise à l’article 16. Le régime de l’état d’urgence se distingue cependant de la mise en œuvre de l’article 16 dans la mesure où il s’agit d’un régime de crise posant un cadre juridique spécial résultant exclusivement

préconisant l’emploi de la force ou la commission de crime pour changer la forme de gouvernement du Canada.

⁶⁷⁴ Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, op. cit., à la p. 795.

d'une loi ordinaire. Cette légalité particulière, dont le législateur définit les exigences, s'applique en présence d'un « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ou d'événements présentant par leur nature et leur gravité le caractère de calamités publiques »⁶⁷⁵. La loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence trouve son origine dans le contexte de la « crise algérienne » puisqu'elle a été à l'origine votée pour lutter contre la rébellion et les troubles en Algérie. Ce régime d'exception suspend l'autorité des règles ordinaires, notamment à l'égard de l'administration, et confère au Gouvernement et aux préfets des pouvoirs de police accrus permettant de prendre des mesures exceptionnelles en matière de sécurité. Autrement dit, l'état d'urgence permet de prendre des mesures qui, en période normale, seraient en contradiction avec les garanties constitutionnelles des libertés. Parmi les libertés les plus restreintes dans le cadre de l'état d'urgence, on trouve la liberté de réunion. Plusieurs articles de la loi relative à l'état d'urgence visent, en effet, l'exercice de la liberté de réunion sur la voie publique.

Tout d'abord, son article 8 donne la faculté au ministre de l'Intérieur et aux préfets dans les départements d'interdire, à titre général ou particulier, des réunions de nature à provoquer ou entretenir le désordre et d'ordonner la fermeture provisoire de lieux de réunions de toute nature. D'autre part, à l'occasion de la modification opérée de la loi du 20 novembre 2015, le nouvel article 6-1 de cette loi donne la possibilité au Président de la République de dissoudre les associations et les groupements de fait, telle une manifestation par exemple.

Au sein du système constitutionnel canadien, l'origine exclusivement législative de l'état d'urgence susceptible de conduire à une suspension des droits et libertés constitutionnellement garantis prolonge l'esprit de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui conserve une suprématie législative face aux droits et libertés garantis par la clause dérogatoire de l'article 33. En ce sens, un tel régime dérogatoire s'accorde avec l'esprit de la *Constitution canadienne*. En revanche, le maintien d'un

⁶⁷⁵ loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence article 1^{er}.

régime dérogatoire d'origine exclusivement législative s'accorde mal avec le modèle constitutionnel français qui place, en principe, le texte constitutionnel au plus haut rang normatif. La *Constitution française* ne prévoit pas la possibilité pour le législateur de doter le Gouvernement de pouvoirs exceptionnels tel que prévu par le régime dérogatoire de l'état d'urgence. Les mesures prises en période d'état d'urgence tirent leur légalité de la loi de 1955 et sont donc dépourvues de tout fondement constitutionnel. L'absence de constitutionnalisation de l'état d'urgence jette alors un doute quant à la suprématie constitutionnelle au sein du système constitutionnel français. Pourtant, selon le Conseil constitutionnel, l'absence de disposition constitutionnelle prévoyant un pouvoir d'instituer un régime dérogatoire ne semble pas faire obstacle à sa conformité constitutionnelle. À l'occasion de sa décision n° 85-187 DC sur la *loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendances*⁶⁷⁶, le juge constitutionnel s'est en effet prononcé en faveur de la conformité à la *Constitution* du régime dérogatoire de l'état d'urgence en considérant que cette dernière n'excluait pas que le législateur puisse prévoir un tel régime⁶⁷⁷.

B. La délimitation du pouvoir de suspension de la liberté de manifestation

1. L'abdication des tribunaux s'agissant du contrôle des circonstances exceptionnelles justifiant l'utilisation des pouvoirs extraordinaires

En France, la nécessité de recourir à l'état d'urgence en novembre 2005 pour faire face à des violences urbaines a été source de discussion. Pour certains, dès lors que la République n'était pas en péril, la mise en œuvre de l'état d'urgence résultait

⁶⁷⁶ Sylvie Thénault, « L'état d'urgence (1995-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi », (2007) 218 *Le mouvement social* 63-78 ; « Inutile ? Nécessaire ? L'avis de quatre professeurs de droit », *Le Monde*, 16 novembre 2005.

⁶⁷⁷ Cons. const., n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'État d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, au considérant 4 ; récemment réaffirmé dans Cons. const., n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *Cédric D*, au considérant 8.

d'une « erreur manifeste d'appréciation » disproportionnée⁶⁷⁸. L'état d'urgence mise en place à l'occasion des violences urbaines de l'automne 2005⁶⁷⁹, en réaction au décès accidentel de deux mineurs tentant d'échapper aux forces de police⁶⁸⁰, aura à tout le moins permis de confirmer la compétence du juge administratif français pour contrôler la décision gouvernementale de mettre en œuvre un tel régime⁶⁸¹.

Toutefois, ce contrôle s'est avéré peu contraignant dès lors que le Conseil d'État a rappelé qu'une grande marge de manœuvre est laissée au pouvoir exécutif qui :

« Dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'urgence et d'en définir le champ d'application territorial ».

De plus, le juge administratif a considéré que :

« L'aggravation continue depuis le 27 octobre 2005 des violences urbaines, à leur propagation sur une partie importante du territoire et à la gravité des atteintes portée à la sécurité publique, ne peuvent être regardées comme étant propres à créer un doute sérieux quant à la légalité du décret n° 2005-1386 ».

À l'inverse, au Canada, dans l'affaire *Gagnon et Vallières c. La Reine*⁶⁸², le juge de première instance a décliné sa compétence d'apprécier l'existence ou non d'un état insurrectionnel justifiant l'application de la *Loi sur les mesures de guerre*⁶⁸³. Certains ont vu dans le refus des juges de se prononcer sur l'existence de l'insurrection une adhésion implicite au choix du Gouvernement fédéral de recourir à la législation

⁶⁷⁸ Sylvie Thénault, « L'état d'urgence (1995-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi », op. cit., aux p. 63 -78 ; « Inutile ? Nécessaire ? L'avis de quatre professeurs de droit », op. cit.

⁶⁷⁹ Décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, JORF n° 261 du 9 novembre 2005, à la p. 17593.

⁶⁸⁰ Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*, Paris, Dalloz, 2016, à la p. 19.

⁶⁸¹ CE ord., 14 novembre 2005 *Rolin*, n° 286835, AJDA 2006, 501 note P. Chrestia ; Frédéric Rolin, « L'état d'urgence », dans Bertrand Mathieu, Centre de recherche de droit constitutionnel. Association française de droit constitutionnel, *Cinquantième anniversaire de la Constitution française : 1958-2008*, Paris Dalloz, 2008, à la p. 617.

⁶⁸² *Gagnon et Vallières c. La Reine* [1971] C.A. 454.

⁶⁸³ Yves de Montigny, « La sécurité nationale devant les tribunaux : un équilibre précaire entre droit fondamentaux et sûreté de l'État », op. cit., à la p. 8.

de crise⁶⁸⁴. Cette déclinaison de compétence met, ni plus ni moins, la décision gouvernementale de mettre en œuvre un régime dérogatoire hors de portée du pouvoir judiciaire.

Même si la *Loi sur les mesures de guerre* a été abrogée et remplacée, on l'a vu, par la *Loi sur les mesures d'urgence L.R.C. 1958 c22* (4^e suppl.) proposant un meilleur encadrement de l'application du régime dérogatoire, il n'en demeure pas moins qu'en refusant d'envisager un contrôle judiciaire vérifiant l'existence de critères conditionnant la mise en œuvre d'un régime dérogatoire, la Cour d'appel québécoise a créé en 1971 un dangereux précédent laissant croire que le juge n'est pas compétent pour contrôler la décision du Gouvernement fédéral d'avoir recours à un régime dérogatoire lui octroyant des pouvoirs considérables⁶⁸⁵. Dès lors, en droit canadien, la déclaration gouvernementale d'un état insurrectionnel, réel ou appréhendé, tel que prévu par la *Loi sur les mesures de guerre* de 1914, suffisait pour constituer une preuve concluante qu'il existait réellement un état insurrectionnel justifiant la mise en œuvre d'un régime dérogatoire au sein du système constitutionnel canadien⁶⁸⁶.

L'abdication des juges s'agissant de contrôler la décision gouvernementale d'appliquer un régime dérogatoire est susceptible de s'étendre à la décision de maintenir l'application de ce régime. En effet, si en principe la décision de maintenir l'état d'urgence est conditionnée à la continuité des circonstances ayant justifié la déclaration de régime dérogatoire⁶⁸⁷, le refus du juge de contrôler l'opportunité d'avoir

⁶⁸⁴ Ibid., à la p. 10.

⁶⁸⁵ Ibid., à la p. 11.

⁶⁸⁶ Ibid., aux p. 5-6 ; *War Measures Act*, 1914, précit., article 2 :

« All acts and things done or omitted to be done prior to the passing of this Act and on or after the first day of August, A.D. 1914, by or under the authority of or ratified by,-

(a) His Majesty the King in Council;
 (b) any Minister or officer of His Majesty's Imperial Government;
 (c) the Governor in Council;
 (d) any Minister or officer of the Government of Canada;
 (e) any other authority or person;

which, had they been done or omitted after the passing of this Act, would have been authorized by this Act or by orders or regulations hereunder, shall be deemed to have been done or omitted under the authority of this Act, and are hereby declared to have been lawfully done or omitted ».

⁶⁸⁷ *Loi sur les mesures d'urgence*, LRC 1985, c 22 (4^e suppl), article 23 :

recours à un régime dérogatoire à l'aune de circonstances extraordinaires est susceptible de s'étendre à la décision de prolonger l'application de ce régime.

L'absence d'encadrement strict du choix d'appliquer ou de maintenir un régime dérogatoire octroyant des pouvoirs considérables au Gouvernement fédéral, au détriment des garanties des libertés publiques, est souvent atténuée par le caractère temporaire propre à ce type de régime mis en place spécifiquement en période de crise. Cette délimitation temporelle est néanmoins à relativiser dès lors qu'au sein des trois ordres juridiques, il est possible de prolonger de manière indéfinie l'application du régime dérogatoire d'exception⁶⁸⁸. De plus, en l'absence de consécration constitutionnelle, il est impossible de contester la conformité constitutionnelle d'une mesure de prolongation au motif qu'elle méconnaîtrait le caractère temporaire du régime d'exception. En droit français, la seule possibilité pour un justiciable de contester une loi de prorogation résiderait dans la procédure de la *question prioritaire de constitutionnalité* de l'article 61-1 de la *Constitution* ; néanmoins, le droit à un état d'urgence temporaire ne constitue pas un droit ou une liberté invocable dans le cadre d'une QPC⁶⁸⁹.

C'est ainsi que l'état d'urgence déclaré le 14 novembre 2015, en réaction aux attentats de Paris du 13 novembre 2015, a duré pendant deux ans au moyen de six prolongations. Si les premières prolongations décidées pouvaient avoir un lien direct avec le péril imminent résultant des attentats de Paris du 13 novembre 2015, peu à peu

« (1) Le gouverneur en conseil peut par proclamation, avant la cessation d'effet d'une déclaration d'état d'urgence et après avoir procédé aux jours- fixée par la proclamation, s'il croit, pour des motifs raisonnables, que l'état d'urgence en cause n'a pas pris fin

(2) Avant de procéder à la prorogation, le gouverneur en conseil examine les décrets et règlements d'application de l'Article 19 pour déterminer il croit, pour des motifs raisonnables, qu'ils restent fondés en l'occurrence ; il les abroge ou les modifie selon le résultat de son examen.

(3) La prorogation peut être renouvelée

(4) La proclamation de prorogation prend effet à la date où elle est prise, sous réserve du dépôt d'une motion de ratification devant chaque chambre du Parlement pour étude conformément à l'article 60 ».

⁶⁸⁸ Article 116-3 de la *Constitution espagnole* et article 15-3 de la *ley organica 4/1981 de estados de alarma, excepcion y sitio* ; Article 2 de la *loi du 3 avril 1955* relative à l'état d'urgence et article 23 (1) de la *loi sur les mesures d'urgence*. Ces dispositions restent cependant muettes quant au nombre de prorogations possibles, prévoyant ainsi implicitement une mise en œuvre du régime dérogatoire susceptible de s'étaler dans la durée.

⁶⁸⁹ Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*, op. cit.

les motifs de prolongation de l'application de l'état d'urgence tendaient à s'en éloigner⁶⁹⁰. Ainsi, le ministre de l'Intérieur n'a pas hésité à faire valoir la nécessité d'assurer la sécurité durant la coupe d'Europe de football ou encore pour l'arrivée du Tour de France aux Champs Élysées afin de justifier la prolongation de l'application de l'état d'urgence durant l'été 2016⁶⁹¹. Or, même s'il avait été possible de justifier la nécessité de mesures de précaution renforcées dans le cadre de ces événements de grande ampleur, celles-ci n'ayant aucun lien direct avec le péril imminent provoqué par l'attaque terroriste à Paris huit mois plus tôt, elles auraient dû être prises en dehors du régime juridique de l'état d'urgence. Le maintien de celui-ci en France a cependant été justifié par l'absence de loi efficace en matière de lutte antiterroriste.

« Intervenant le matin du 13 juillet 2016 à la radio, la garde des Sceaux assurait avec une grande conviction que l'état d'urgence ne serait plus prorogé en conséquence de la promulgation de la loi du 3 juin 2016 déjà évoquée, présentée comme contenant les ingrédients suffisant à affronter la menace terroriste en période "normale" »⁶⁹².

Il aura fallu finalement attendre l'élection d'un nouveau Président de la République, faisant du maintien ou non de l'état d'urgence un enjeu électoral, et la promulgation de la loi du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure de la lutte contre le terrorisme*⁶⁹³, pour que l'état d'urgence décrété en novembre 2015 prenne fin le 1^{er} novembre 2017. Cet exemple français témoigne d'une dénaturation du régime dérogatoire hors de portée d'un contrôle judiciaire. En effet, la justification de l'application du régime de l'état d'urgence repose, en principe, uniquement sur la présence soit d'un « péril imminent résultant d'atteinte grave à l'ordre public soit en cas d'événement présentant par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique »⁶⁹⁴ et il ne doit en principe pas être utilisé pour combler un vide juridique sur une question particulière comme la lutte antiterroriste.

⁶⁹⁰ Ibid., aux p. 34-35.

⁶⁹¹ Ibid., aux p. 32-33.

⁶⁹² Ibid., à la p. 35.

⁶⁹³ *Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.*

⁶⁹⁴ *Loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, article 1^{er}.

L'absence de constitutionnalisation du caractère temporaire du régime dérogatoire entraîne un risque d'application prolongée abusive de l'état d'urgence. Le fait que celui-ci ait été maintenu légalement pendant deux ans en France met en lumière la faible garantie que constitue une loi ordinaire pour encadrer un régime d'exception de manière générale et la faible garantie que constitue un contrôle parlementaire en particulier. En effet, le législateur, et particulièrement à la suite d'une série d'attentats, sera plus soucieux de satisfaire un électorat inquiet de la montée du terrorisme que de garantir les droits et libertés d'une démocratie. En outre, un tel régime d'exception d'origine exclusivement législative remet en cause le principe même de la suprématie constitutionnelle au profit d'une primauté législative.

Dans une démocratie constitutionnelle, l'existence d'un régime dérogatoire d'origine exclusivement législative tel que l'état d'urgence en droit français demeure une anomalie. En effet, son régime particulier fixé par une simple loi ordinaire permet au législateur de définir des prérogatives de restriction à l'égard de libertés constitutionnellement garanties et d'en fixer arbitrairement le terme. Toutefois, même si un encadrement constitutionnel des conditions de déclaration et de prorogation d'un tel régime d'exception apparaît comme une nécessité dans toute démocratie constitutionnelle, cela ne semble pas suffire pour garantir le respect des droits fondamentaux et des libertés publiques. En effet, la déférence dont peuvent faire preuve les juges en période de crise est susceptible, dans tous les cas, de mettre à l'abri de toute censure le choix discrétionnaire d'appliquer ou de maintenir un régime dérogatoire.

2. L'absence de contrôle du lien entre les mesures de restrictions de manifestation fondée sur la légalité d'exception et les circonstances conditionnant l'application de la légalité d'exception

La légalité de crise met à la disposition du pouvoir exécutif tout un arsenal de moyens ayant pour effet de restreindre les garanties « normales » des libertés, comme celle de manifester, en vue du rétablissement de l'ordre normal des choses. Ainsi, ce

n'est pas la déclaration ou le maintien d'une légalité de crise qui peut porter atteinte aux libertés fondamentales mais bien les mesures prises sur son fondement⁶⁹⁵.

À l'instar de la décision d'appliquer une légalité d'exception et de la proroger, le choix des moyens utilisés pour faire face à une situation de crise relève largement du pouvoir exécutif dans le cadre de sa compétence déléguée par le Parlement. C'est ainsi que la Cour d'appel du Québec, en 1970, déclina sa compétence pour contrôler l'existence ou non d'un état insurrectionnel justifiant l'application de la *Loi sur les mesures de guerre* pour fonder l'arrestation et l'incarcération des requérants messieurs Gagnon et Vallières, en estimant que l'opportunité des mesures adoptées pour faire face à une insurrection relevait du pouvoir exécutif dans le cadre de sa compétence déléguée par le Parlement⁶⁹⁶.

En France, c'est sur le fondement de l'existence d'un « péril imminent résultant d'atteinte graves à l'ordre public » au lendemain des attentats de Paris de novembre 2015 qu'ont été prises de nombreuses mesures liberticides restreignant la liberté de manifestation tout au long de la période durant laquelle l'état d'urgence était en vigueur.

Ainsi, dès le lendemain de la proclamation de l'état d'urgence, des militants écologistes ont notamment été visés par des mesures d'assignation à résidence pendant la COP 21 les empêchant de s'y rendre pour exprimer leur opinion quant aux décisions des gouvernements des États participants concernant les enjeux climatiques⁶⁹⁷. À moins que ces activistes écologistes aient été, en réalité, à l'origine des attaques terroristes de novembre 2015, ces mesures sont le fruit d'une utilisation clairement détournée des pouvoirs exceptionnels conférés au pouvoir exécutif en période d'état d'urgence. Or, le Conseil d'État a validé ces assignations à résidence, estimant qu'elles

⁶⁹⁵ À propos de l'état d'urgence, voir : Denis Baranger « Quel État de droit ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence » (2016) RFDA 355.

⁶⁹⁶ Yves de Montigny, « La sécurité nationale devant les tribunaux : un équilibre précaire entre droits fondamentaux et sûreté de l'État », op. cit., à la p. 8.

⁶⁹⁷ Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*, op. cit., à la p. 87.

étaient parfaitement fondées⁶⁹⁸. Ainsi, les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence ne sont pas tenues d'avoir un rapport avec le « péril imminent » à l'origine de la déclaration d'urgence⁶⁹⁹. En considérant que l'absence de lien direct avec le terrorisme ne fait pas obstacle à la compétence de prendre des mesures découlant des pouvoirs exceptionnels conférés au Gouvernement en période d'état d'urgence, « le juge du référé-liberté du Conseil d'État semble avoir fait sienne l'interprétation de la loi, retenue par le ministre de l'Intérieur, dissociant le motif de déclaration de l'état d'urgence des motifs des mesures de police prises dans ce cadre »⁷⁰⁰.

Alors qu'avant la révision constitutionnelle de 2008, la loi sur l'état d'urgence du 3 avril 1955, comme toutes les dispositions législatives antérieures à 1958, échappaient à un contrôle de constitutionnalité, la nouvelle procédure de la question prioritaire de constitutionnalité a permis de soulever l'inconstitutionnalité de l'imprécision de l'article 6 de la loi de 1955 ayant conduit à assigner à résidence des personnes n'ayant aucun lien avec le péril imminent à l'origine du déclenchement de l'état d'urgence. Le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas considéré que la loi était imprécise. En ne sanctionnant pas pour inconstitutionnalité une telle pratique détournée, le Conseil constitutionnel a mis à la disposition du Gouvernement une

⁶⁹⁸ CE ord., 11 décembre 2015, *M.C.*, n° 395009, au considérant 14 :

« les dispositions [précitées de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955], de par leur lettre même, n'établissent pas de lien entre la nature du péril imminent (...) ayant conduit à ce que soit déclaré l'état d'urgence et la nature de la menace pour la sécurité et l'ordre publics susceptible de justifier une mesure d'assignation à résidence, que par suite elles ne font pas obstacle à ce que le ministre de l'Intérieur, tant que l'état d'urgence demeure en vigueur, puisse décider l'assignation à résidence de toute personne résidant dans la zone couverte par l'état d'urgence, dès lors que des raisons sérieuses donnent à penser que le comportement de cette personne constitue, compte tenu du péril imminent ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, une menace pour sécurité et l'ordre publics ».

Cette formulation sera reprise par le juge administratif pour rejeter des recours formés à l'encontre de mesures prises durant l'état d'urgence lorsqu'il n'est pas établi de lien direct avec les motifs ayant conduit au déclenchement de l'état d'urgence. Voir, par exemple : CAA Paris, 20 juin 2016, *Mickaël L.*, n° 16 PA01210 avait rejeté la requête d'un assigné à résidence et avait précisé que :

« les dispositions précitées de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, pas leur lettre même, n'établissent pas de lien entre la nature du péril imminent ayant conduit à ce que soit déclaré l'état d'urgence et la nature de la menace pour la sécurité et l'ordre publics susceptible de justifier une mesure d'assignation à résidence, que par suite elles ne font pas obstacle à ce que le ministre de l'Intérieur, tant que l'état d'urgence demeure en vigueur, puisse décider l'assignation à résidence de toute personne résidant dans la zone couverte par l'état d'urgence, dès lors que des raisons sérieuses donnent à penser que le comportement de cette personne constitue, compte tenu du péril imminent ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, une menace pour la sécurité et l'ordre publics ; par suite le requérant ne saurait donc utilement invoquer l'absence de lien entre les événements qui ont motivé la mise en œuvre de l'état d'urgence et sa situation personnelle ».

⁶⁹⁹ Agnès Roblot Troizier, « État d'urgence et protection des libertés » (2016) RFDA 428

⁷⁰⁰ Ibid.

interprétation dangereuse des pouvoirs qui lui sont conférés en période d'état d'urgence. Ainsi, le pouvoir d'interdiction générale et particulier de réunions et de manifestations attribué au ministre de l'Intérieur et aux préfets par l'article 8 de la loi sur l'état d'urgence⁷⁰¹, peut largement s'appliquer sans qu'aucun lien ne soit établi entre le risque de trouble lié à la manifestation envisagée et le péril imminent à l'origine de la déclaration de l'état d'urgence. C'est ainsi qu'une manifestation de syndicats de retraités, ou encore contre le licenciement d'un salarié, ont pu être interdites sur le fondement de l'état d'urgence⁷⁰².

Par exemple, le mouvement *Nuit debout* a coïncidé avec la proclamation de l'état d'urgence⁷⁰³. Dès l'origine, celui-ci a ainsi été soumis à un régime légal particulier. Précisément, l'article 8 de la loi sur l'état d'urgence a largement fondé des mesures d'interdiction de manifester à l'endroit de ce mouvement social opposé à la « loi travail »⁷⁰⁴.

En fait, les autorités préfectorales n'auraient pas eu besoin d'avoir recours au régime exceptionnel de l'état d'urgence pour interdire les manifestations puisqu'en vertu de l'article L. 211-3 du *Code de la sécurité intérieure*, le représentant de l'État dans le département, ou le préfet de police à Paris, peut interdire une manifestation si les circonstances font craindre des troubles graves à l'ordre public. Toutefois, le régime

⁷⁰¹ *Loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, article 8 :

« Le ministre de l'intérieur, pour l'ensemble du territoire où est institué l'état d'urgence, et le préfet, dans le département, peuvent ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature, en particulier des lieux de culte au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes, dans les zones déterminées par le décret prévu à l'article 2. Peuvent être également interdites, à titre général ou particulier, les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre. Les cortèges, défilés et rassemblements de personnes sur la voie publique peuvent être interdits dès lors que l'autorité administrative justifie ne pas être en mesure d'en assurer la sécurité compte tenu des moyens dont elle dispose ».

⁷⁰² Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*, op. cit., à la p. 86.

⁷⁰³ L'état d'urgence a été décrété par le président de la République française le lendemain des attentats de Paris du 13 novembre 2015. Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

⁷⁰⁴ Par exemple, pour la ville de Paris : arrêté n° 2016- 00379 ; arrêté n° 2016-00382 ; arrêté n° 2016-00392 ; arrêté n° 2016-00397 ; arrêté n° 2016-00357 instituant différentes mesures d'interdiction en vue d'assurer la sécurité et la tranquillité publiques sur la place de la République :

« Considérant que en raison de la prégnance de la menace terroriste dont l'extrême gravité et l'importance des risques ont conduit le parlement à proroger pour une seconde fois le régime de l'état d'urgence pour une durée de trois mois à compter du 26 février 2016, les forces de l'ordre demeurent fortement mobilisées pour assurer dans ces circonstances, la sécurité des personnes et des biens ».

dérogatoire de l'état d'urgence semble assurer un plus large fondement juridique aux interdictions de manifester que le régime de droit commun. En effet, l'utilisation des pouvoirs exceptionnels de restreindre les libertés, prévue par la loi sur l'état d'urgence, n'ayant pas besoin d'être justifiée par un lien direct avec le péril imminent à l'origine du déclenchement du régime dérogatoire, celui-ci peut largement servir à fonder légalement des mesures administratives de restriction prises pendant la durée, plus ou moins limitée, de l'état d'urgence. Dans le contexte de contestations citoyennes massives à l'égard du vote d'une loi, la proclamation de l'état d'urgence se transforme ainsi en « heureux hasard » (ou en « malheureuse coïncidence » selon l'endroit où on se situe) pour justifier des mesures d'interdiction de réunions et de manifestations pourtant sans aucun lien avec les raisons qui ont poussé le Gouvernement à déclarer l'état d'urgence. Ainsi, les mesures d'interdiction de manifester n'ont pas besoin d'être rattachées au péril imminent qui a déclenché l'état d'urgence pour être juridiquement valides et celui-ci peut même être maintenu afin de justifier des mesures prohibant des manifestations.

Sous-chapitre 2. La justification des restrictions préventives à l'exercice de la manifestation

Le pouvoir de restreindre la liberté d'expression trouve un fondement dans la nécessité du maintien de l'ordre public, cependant celui-ci trouve une limitation toute particulière en matière de manifestation. En effet, un pouvoir de restriction de la liberté de manifestation qui se fonderait sur le besoin de préserver l'ordre public entendu dans un sens trop large annihilerait toute possibilité d'existence normative effective de la liberté de manifestation. Or, la délimitation d'un ordre public restreint et spécifique à la manifestation semble trop faiblement garanti pour faire obstacle à la possibilité, pour le juge qui contrôle les justifications des restrictions qui sont apportées à cette liberté, de choisir de retenir un ordre public élargi (Section 1).

Si la liberté de manifestation est une liberté fondamentale, les mesures la restreignant doivent être soumises à un contrôle juridictionnel strict propre aux libertés fondamentales. Précisément, si l'on considère que la manifestation est une forme de réunion à des fins d'expression, les mesures d'interdiction d'une telle réunion, comme celles modifiant ses modalités de lieux, date et horaire - qui sont des éléments expressifs - doivent être soumises à un contrôle juridictionnel strict qui implique que soient remplis des critères de rationalité, de nécessité et de proportionnalité. Néanmoins, ces exigences d'origine exclusivement jurisprudentielle ne sont pas appliquées systématiquement et semblent soumises à la discrétion du juge. En effet, celui-ci demeure libre de se contenter de vérifier la rationalité d'une mesure d'interdiction de manifester au regard d'une menace de trouble à l'ordre public. Or, un tel contrôle de validité des mesures d'interdiction de manifester apparaît superflu tant la menace de trouble à l'ordre public est inhérente à chaque manifestation. Le contrôle de validité des mesures de modification apparaît tout aussi vain étant donné que la nécessité et la proportionnalité de celles-ci seront présumées à l'aune d'une interdiction pure et simple. En effet, une mesure de modification des modalités d'une manifestation apparaîtra toujours moins attentatoire et plus proportionnée qu'une mesure d'interdiction. Or, un tel raisonnement néglige l'importance des modalités d'une manifestation dont les modifications peuvent constituer, de fait, des interdictions de certains éléments expressifs (Section 2).

Section 1. Le maintien de l'ordre public comme fondement de la compétence de restriction

Le caractère perturbateur semble inhérent à une manifestation dans la mesure où il lui assure un important impact communicatif. Ainsi, bien que le maintien de l'ordre public fonde la compétence de restriction de la liberté de manifestation, celui-ci doit être strictement délimité pour permettre que la manifestation puisse perturber un peu l'utilisation normale des voies de circulation afin de transmettre un message. Si le caractère perturbateur d'une manifestation pouvait suffire à fonder son interdiction

alors toutes les manifestations seraient condamnées à être préalablement interdites légalement. Une telle issue empêcherait toute possibilité d'existence pratique de la liberté de manifestation.

C'est en ce sens que le constituant espagnol a consacré un ordre public spécifique à l'exercice de la liberté de manifestation, de sorte que la notion d'ordre public ne soit pas entendue de manière trop large en la matière. En droit français, comme on a pu déjà le relever, le Conseil d'État est venu dès 1933 délimiter strictement les contours des motifs d'ordre public pouvant justifier l'interdiction de l'exercice d'une liberté consacrée. De cette façon, le seul risque de perturbation de la libre circulation ne peut suffire à justifier une interdiction de manifester, excepté en cas de mise en danger des personnes et des biens (A).

Malgré la reconnaissance de la nécessité d'un ordre public spécifique à la liberté de manifestation afin que celle-ci soit effective, il persiste toutefois une interprétation élargie de la notion par les juges. En effet, ces derniers semblent s'être affranchis de l'ordre public spécifique à la manifestation pour appliquer un ordre public général, élargissant ce faisant les motifs susceptibles de justifier une interdiction de manifester. En outre, les déclarations préalables incomplètes, qui ne sont pas rares, portent en elles une présomption de risque de troubles à l'ordre public (B).

A. Un ordre public spécifique à l'exercice de la manifestation

1. Le risque « avéré » d'un trouble à l'ordre public au fondement des interdictions de manifester

L'article 21-2 de la *Constitution espagnole* fait obstacle aux interprétations larges et abstraites des atteintes à l'ordre public pour justifier les interdictions de réunions sous la forme de manifestations. Ainsi, si le constituant consacre la valeur constitutionnelle d'un pouvoir administratif d'interdiction préventive de manifester, celui-ci est strictement limité aux altérations de l'ordre public mettant en danger les personnes et les biens. En ce sens, une approche trop large de la notion d'ordre

public pour justifier une interdiction de manifester sera considérée comme inconstitutionnelle.

C'est dans la décision STC 66/1995 que le Tribunal constitutionnel espagnol a posé les bases jurisprudentielles de l'interprétation de cet ordre public spécifique consacré par l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*. Pour le juge constitutionnel, celui-ci se compose de deux éléments fondamentaux : d'une part, l'ordre public « mettant en danger les personnes et les biens » renvoie à l'idée de désordre matériel susceptible d'empêcher le déroulement normal de la vie en société ; d'autre part, il est requis que ce désordre matériel affecte l'intégrité physique ou morale des personnes ou des biens, publics comme privés⁷⁰⁵. Le Tribunal constitutionnel établit donc deux critères cumulatifs pour apprécier l'altération de l'ordre public dans l'exercice de la liberté de manifestation. En effet, la seule exigence d'une situation de désordre extérieur serait susceptible d'annihiler toute possibilité d'exercer son droit de manifester dans la mesure où celui-ci implique toujours une altération du déroulement normal de la vie citoyenne. Ainsi, il ne suffit pas que l'on puisse présumer un risque de désordre matériel, inhérent à toute manifestation, mais ce risque doit encore être accompagné d'une menace à l'intégrité physique des personnes et des biens. En conséquence, une interdiction de manifester sera conforme aux exigences de l'article 21-2 de la *Constitution* seulement si l'autorité administrative chargée de garantir l'ordre public justifie ne pas être en mesure d'en assurer la sécurité compte tenu des moyens dont elle dispose.

En France, on retrouve un pareil raisonnement développé dès 1933 dans le célèbre arrêt *Benjamin* du Conseil d'État précédemment analysé concernant la liberté de réunion pacifique. Rappelons qu'à la suite d'une campagne d'opposition menée par les syndicats d'enseignement contre une conférence annoncée du polémiste René Benjamin, le maire de Nevers, en vertu des pouvoirs qu'il tirait de l'article 97 de la *loi du 5 avril 1884* pour maintenir l'ordre public, avait pris un arrêté interdisant la

⁷⁰⁵ STC, 66/1995, 8 mai 1995, FJ 3.

conférence et la réunion de personnes qu'elle impliquait. Bien que l'existence de troubles à l'ordre public n'était pas contestée dès lors qu'il existait des appels à contre manifester de la part d'instituteurs menaçant publiquement de tout faire pour empêcher la tenue de cette conférence, ceux-ci n'ont pas été considérés comme suffisants pour justifier une interdiction. En l'espèce, le Conseil d'État a effectivement annulé l'arrêté d'interdiction au motif que le maire aurait pu, en faisant appel à la gendarmerie et à la garde mobile, éviter les désordres sans avoir besoin d'interdire la conférence. Il résulte donc de cette jurisprudence du Conseil d'État français que le seul risque de trouble matériel à l'ordre public ne suffit pas à justifier l'interdiction d'exercer une liberté consacrée. Les mesures doivent être proportionnées. En effet, outre une menace matérielle à l'ordre public, le maire aurait dû se trouver dans l'impossibilité de disposer des forces de police nécessaires pour permettre la tenue de la réunion en préservant l'ordre public malgré les désordres pour que la mesure prise ait pu être considérée comme légale⁷⁰⁶. Ainsi, à l'instar de la limitation du pouvoir d'interdiction de manifester par les autorités administratives prévue à l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*, les risques de troubles à l'ordre public pouvant justifier une interdiction de réunion doivent être matériels et avérés aussi en droit français.

Une manifestation peut donner lieu à des mécontentements, voire des heurts, de la part de personnes hostiles au message qu'elle promeut. Ainsi, chaque manifestation porte le risque de voir s'organiser contre elle un autre rassemblement en vue de perturber son déroulement⁷⁰⁷. Cependant, la seule éventualité d'une contre-manifestation ne peut justifier une interdiction de manifester sans quoi la liberté de manifestation se retrouverait vidée de son contenu.

⁷⁰⁶ Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2011, à la p. 282.

⁷⁰⁷ Jean Morange, *Droits de l'Homme et libertés publiques*, Paris, PUF, 2000, à la p. 212 Pour Jean Morange, la pratique de la « contre-manifestation » consiste « pour des personnalités ou des groupements opposés à ceux qui organisent la réunion à appeler leurs sympathisants à entraver le déroulement normal de celle-ci ».

En 1968, dans l'arrêt *Rassemblement jurassien*⁷⁰⁸ précité, la simple existence d'une « situation tendue »⁷⁰⁹ a semblé suffire pour justifier une interdiction de manifester. La Cour européenne des droits de l'Homme a alors admis la conformité conventionnelle d'une interdiction générale de manifester se fondant sur la simple existence d'une situation tendue à l'approche des manifestations. En l'espèce, il s'agissait d'une interdiction générale de manifester sur tout le territoire d'une commune suisse à la suite d'un différend entre sa population francophone et la majorité germanophone de la région quant à la création d'un nouveau canton actée par voie référendaire. Précisément, ne voulant « pas se substituer aux autorités internes compétentes »⁷¹⁰, les juges européens se sont contentés de constater l'existence d'une menace à la sûreté publique et la nécessité de défendre l'ordre public pour valider la conformité d'une telle interdiction de manifestation avec les exigences de l'article 11-2 de la *Convention européenne*. Autrement dit, une simple menace de troubles à l'ordre public, qui de fait accompagne toutes les manifestations, a ici suffi à justifier une interdiction au sens de l'article 11 de la *Convention européenne* sans qu'il y ait eu besoin de démontrer que l'autorité nationale ne disposait pas des forces de police suffisantes pour permettre le déroulement des manifestations malgré les risques.

Toutefois, il semble que la Cour européenne ait depuis procédé à un revirement jurisprudentiel. Dans son arrêt *Plattform Artze Für Das Leben c. Autriche*⁷¹¹, elle a effectivement affirmé que « dans une démocratie, le droit de contre manifester ne saurait aller jusqu'à paralyser l'exercice de manifester »⁷¹². En excluant que la possibilité qu'une réunion publique provoque des réactions hostiles ou violentes puisse justifier une interdiction totale au regard des exigences de l'article 11-2 de la *Convention européenne*⁷¹³, les juges de la Cour européenne ont retenu une conception

⁷⁰⁸ *Rassemblement jurassien*, précit.

⁷⁰⁹ Ibid., au para. 8, à la p. 106.

⁷¹⁰ Ibid., au para. 9, à la p. 106.

⁷¹¹ *Plattform Artze für das Leben c. Autriche*, 21 juin 1988, CEDH, 10126/82.

⁷¹² Ibid., au para. 32.

⁷¹³ Voir, par exemple : *Öllinger c. Autriche*, 29 juin 2006, CEDH, 76900/01, aux para. 37 à 51 ; *Alexeiev c. Russie*, 21 octobre 2010, CEDH, 4916/07, 25924/08 et 14599/09, au para. 67 ; *Baczowski et autres*

restreinte des risques de troubles à l'ordre public susceptibles de fonder une interdiction de manifestation. Autrement dit, seule une menace sérieuse de contre-manifestation violente, avec un risque avéré d'insécurité non seulement du fait d'échanges agressifs entre des groupes opposés pendant une manifestation mais également en raison de l'absence de moyens de l'État pour assurer la sûreté et la défense de l'ordre, pourra justifier une mesure d'interdiction de manifester ou de contre-manifester au regard des exigences de l'article 11-2 de la *Convention européenne*.

2. L'exclusion des risques de perturbation de la libre circulation comme motif d'interdiction de manifester

Au-delà de la limitation consacrée par l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*, l'exercice de la liberté de manifestation en trouve une dans les autres droits et biens constitutionnellement protégés auxquels elle est susceptible de se heurter. Parmi les droits qui entrent directement en collision avec la liberté de manifestation figure la liberté de circulation⁷¹⁴.

Celle-ci est constitutionnelle consacrée et revêt une importance particulière au sein des trois systèmes constitutionnels soumis à notre étude.

Tout d'abord, la liberté de circulation, ou la liberté de mouvement, apparaît comme l'une des composantes de la liberté individuelle. En l'absence de catalogue de droit fondamentaux comme dans la *Constitution espagnole* ou dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, on peut considérer que l'article 66 de la *Constitution française* constitue une garantie supra-législative matérielle des libertés publiques et la voie de leur constitutionnalisation au sein du système constitutionnel français⁷¹⁵. Il

c. Pologne, 3 mai 2007, CEDH, 1543/06, au para. 64 ; *Stankov et Organisation macédonienne unie Iliden c. Bulgarie*, 2 octobre 2001, CEDH, 29221/95 et 29225/95, au para. 86. Voir également sur ce sujet : Joël Andriantsimbazovina, « Liberté de réunion pacifique et d'association », dans Frédéric Sudre, Joël Andriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, Michel Levinet, Gérard Gonzalez, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 6^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2011, aux p. 689-691.

⁷¹⁴ Antonio Fanlo Loras, "El derecho de reunion y manifestacion: regimen jurídico" (1994) 4 *Revista Aragonesa de Administracion publica* 95.

⁷¹⁵ Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., aux p. 171-177.

s'agit d'une approche extensive tendant à confondre la liberté individuelle - la seule à être explicitement consacrée par l'article 66 - avec les libertés générales de l'individu parmi lesquelles on trouve la liberté d'aller et venir⁷¹⁶. Le Conseil constitutionnel semble avoir toutefois abandonné une telle approche *lato sensu* dès la fin des années 1990 au profit d'une interprétation limitative de l'article 66. A ainsi été rompu le lien entre cette disposition et la liberté d'aller et venir⁷¹⁷. Néanmoins, la liberté de circulation n'en a pas perdu pour autant sa valeur constitutionnelle au sein du système juridique français étant donné que le Conseil constitutionnel a ensuite décidé de la rattacher à la liberté personnelle et à la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*⁷¹⁸.

Au XX^e siècle, la création de voies de circulation est apparue comme essentielle au développement d'une liberté aussi élémentaire que celle de se déplacer librement⁷¹⁹. En droit canadien, la liberté de circulation revêt une importance toute particulière. En effet, dans l'histoire de la fédération canadienne, la liberté de circulation inter-provinciale a été placée au centre du projet fédératif⁷²⁰. Dès lors, la liberté de libre

⁷¹⁶ Cons. const., n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales* ; Cons. const., n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* ; Cons. const., n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* ; Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* ; Cons. const., n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*.

⁷¹⁷ Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., à la p. 175.

⁷¹⁸ Cons. const., n° 99-411 DC, 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageur*, au considérant 2 ; Cons. const., n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, au considérant 8 ; Cons. const., n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, aux considérants 78 et 79. Voir aussi : Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, ibid., à la p. 236.

⁷¹⁹ Antonio Fanlo Loras, "El derecho de reunion y manifestacion: regimen jurídico", op. cit., à la p. 96.

⁷²⁰ Voir : André Binette, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et la structure de la Constitution du Canada » 2003 107 *Revue du Barreau* [numéro spécial]130. Selon l'auteur :

« Les droits non visés par l'article 33 correspondent à une certaine conception de la citoyenneté canadienne et constitue un moyen d'atteindre certains objectifs politiques du pouvoir constituant, particulièrement du gouvernement fédéral de l'époque. Le pouvoir constituant craignait sans doute moins les dérogations aux droits fondamentaux que celles à son projet politique dont certains aspects étaient controversés, pas seulement au Québec ».

circulation consacrée à l’alinéa 6-2 a)⁷²¹ de la *Charte canadienne des droits et libertés* n’est pas sujette à dérogation en vertu de l’article 33 de celle-ci⁷²². Autrement dit, conformément aux dispositions de la *Charte canadienne*, le législateur ne peut déroger au droit de circulation des personnes alors qu’il peut le faire s’agissant des droits d’expression et de réunion pacifique prévus à l’article 2 de la *Charte canadienne* dont les garanties peuvent être suspendues en vertu de son article 33. Il en ressort que la liberté de circulation bénéficie d’une suprématie constitutionnelle susceptible de la faire prévaloir sur la liberté d’expression et de réunion pacifique. Or, la perturbation de la circulation sur les voies publiques étant inhérente à la manifestation, une suprématie de la liberté de circulation sur la liberté de manifestation reviendrait, ni plus ni moins, à vider cette dernière de son contenu⁷²³.

Par ailleurs, l’entretien et la bonne utilisation des voies de circulation semblent relever de la compétence municipale au sein des trois systèmes constitutionnels étudiés⁷²⁴.

En droit canadien, la réglementation de l’utilisation des chemins publics revient traditionnellement à la compétence provinciale. Plus précisément, les règles relatives à la sécurité routière sont de la compétence du législateur provincial en ce qu’elles peuvent être rattachées aux domaines de la propriété et des droits civils dans la province, consacrés à l’article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* relative au partage de compétences⁷²⁵. D’autre part, le contrôle et la réglementation de la circulation dans les rues est également une question d’intérêt local relevant du paragraphe 92 (16) de la *Loi constitutionnelle*. À ce titre, la Cour suprême rappelle que :

⁷²¹ *Charte canadienne des droits et des libertés*, alinéa 6-2 a) :

« Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit :
a) de se déplacer dans tout le pays et d’établir leur résidence dans toute province ».

⁷²² Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, op. cit., à la p. 154.

⁷²³ Antonio Fanlo Loras, “El derecho de reunion y manifestacion : regimen juridico”, op. cit., à la p. 96.

⁷²⁴ Ibid.

⁷²⁵ Voir : *Secrétaire du l’Île du Prince-Édouard c. Egan*, précit., aux p.413-418 ; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, précit., aux pages 13-14.

« Les transports et les communications dans les grandes régions urbaines constituent une question vitale quoique d'intérêt local et c'est à ce titre que la Constitution les a attribués à la province et, par l'intermédiaire de celle-ci, à la municipalité »⁷²⁶.

La perturbation de la circulation qui pourrait résulter d'une occupation des voies de circulation par des manifestants est effectivement susceptible de désorganiser sérieusement la collectivité. Ainsi, bien que l'on puisse admettre que les voies publiques soient non seulement des lieux de circulation mais également, depuis longtemps, des espaces d'expression⁷²⁷, la liberté de manifestation ne peut justifier une impossibilité totale de circuler librement ; d'autant plus qu'au Canada, il subsiste des territoires très isolés. C'est le cas notamment au Nord du Québec, dans la région de l'Abitibi, où la simple obstruction d'une voie de circulation peut bloquer une population tout entière et, par la même, la priver d'approvisionnement⁷²⁸.

Plus qu'un pouvoir d'interdiction préventive de manifester, l'obligation de déclaration préalable apparaît alors comme une garantie de la liberté de circulation. C'est seulement en l'absence de voies alternatives, une situation qui provoquerait une obstruction totale de la circulation, que la garantie de la liberté de circulation est susceptible de justifier une mesure d'interdiction de manifester. En effet, lorsqu'une

⁷²⁶ *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick*, précit., au para. 31.

⁷²⁷ Ken Roach, David Schneiderman, « Freedom of expression in Canada » (2013) 61 S.C.L.R (2d) 429, à la p. 489 :

« Streets and parks seem to be paradigmatic of the sorts of public places available for the conduct of expressive activity ». Voir également : *Ville de Montréal*, au para. 81 ; confirmé au niveau provincial *Figueiras c. Toronto Police services Board* (2015) 320 C.C.C. (3d) 437 ; *Calgary (city) v. Bullock (Occupy Calgary)*, 2011 ABQB 764 ; *Batty v. Toronto (City)* 2011 ONCS 6862, 248 C.R.R (2d) 175 ; *Vancouver (city) v. O'Flynn-Magee*, 2011 BCSC 1647, 26 B.C.L.R. (5th) 155 Ces trois dernières affaires s'inscrivent dans le contexte du mouvement « Occupy Wall Street » d'inspiration espagnole et new yorkaise qui a consisté en l'occupation de plusieurs places dans différentes provinces canadiennes par des citoyens en guise de contestation. Dans chaque cas, les juges ont rattaché l'occupation du lieu public à l'exercice de la liberté d'expression dès lors que la présence de ces personnes sur ces places publiques avait pour objet de transmettre un message.

En Espagne, le juge constitutionnel a, à plusieurs reprises, confirmé que l'espace urbain n'est pas seulement un lieu de circulation mais également un espace de participation citoyenne. Voir, par exemple, l'arrêt de principe STC, 66/1995, précit. FJ 3 et l'arrêt STC, 301/2006, 23 octobre 2006, FJ 2 :

« Este tribunal se ha encargado de recordar que en una sociedad democratica el espacio urbano no es solo un ambito de circulacion, sino tambien un ambito de participacion ».

⁷²⁸ Voir les interventions des députés André Pelletier (à la p. 6984 et à la p. 6079), François Ouimet (à la p. 6220), Yvan Bordeleau (à la p. 6075) durant les débats tenus à l'Assemblée nationale, le 23 mai 2000 lors de l'adoption de la *Loi modifiant le code de la sécurité routière L.Q., 2000, c.31*.

manifestation bloque tous les accès de circulation, elle peut être interdite dès lors qu'elle est alors susceptible de mettre en danger des personnes et des biens en empêchant, par exemple, l'accès des secours en cas de problèmes (pompiers, ambulances...). En revanche, une simple perturbation de la circulation des personnes sur la voie publique relève du déroulement normal d'une manifestation et en ce sens ne peut justifier une interdiction de manifester, auquel cas cela reviendrait à nier la liberté de manifestation⁷²⁹.

B. La persistance d'une interprétation large de la notion d'ordre public

1. Le glissement vers l'application d'un ordre public général pour justifier une limitation à l'exercice de la manifestation

Le constituant espagnol délimite expressément le pouvoir des autorités administratives d'interdire les manifestations aux seuls cas d'altération de l'ordre public mettant en danger les personnes et les biens. Pourtant, il subsiste en droit espagnol un risque de glissement vers la prise en compte d'un ordre public élargi en vertu de l'article 10 de la *Constitution espagnole*⁷³⁰. En effet, les juges espagnols semblent voir dans la sauvegarde de « l'ordre politique et la paix sociale », consacré par cette disposition, un fondement à une limitation générale des droits constitutionnellement consacrés tel le droit à la liberté de manifestation⁷³¹.

⁷²⁹ Ce raisonnement est largement consacré par la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol, voir entre autres : STC, 66/1995, FJ3 ; STC, 59/1990, 29 mars 1990, FJ 7 ; STC, 42/2000, 14 février 2000, FJ 4 ; STC 90/2006, 27 mars 2006, FJ 2c ; STC, 163/2006, 22 mai 2006, FJ 3 ; STC 301/2006, 23 octobre 2006, FJ 2.

⁷³⁰ Article 10-1 de la *Constitution espagnole* :

« La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale ».

⁷³¹ Voir : STC 254/1988, 21 décembre 1988, FJ 3 ; STC, 110/2006, du 3 avril 2006, FJ 3.

Au sein du système constitutionnel canadien, il est généralement admis que le pouvoir municipal pourvoit au « bon gouvernement de la ville »⁷³², une approche qui octroie aux municipalités des pouvoirs de prendre des règlements municipaux de paix, d'ordre et de bon gouvernement sur leur territoire visant notamment à favoriser le bien-être et la sécurité de la municipalité⁷³³. Toutefois, les municipalités ne disposent pas en la matière d'un pouvoir à caractère général étant donné que les pouvoirs municipaux doivent toujours, en principe, trouver un fondement explicite dans une loi provinciale⁷³⁴ qui les habilite à agir et délimite leurs compétences⁷³⁵. En tant que pouvoirs délégués aux municipalités par la province en vertu d'une loi provinciale, les pouvoirs généraux de paix, d'ordre et de bon gouvernement doivent être strictement encadrés ce qui suppose qu'ils soient entendus dans un sens restreint⁷³⁶. Pourtant, il semble que les juges canadiens entendent les pouvoirs municipaux *lato sensu* en acceptant que leurs règlements se fondent sur des dispositions à caractère général⁷³⁷,

⁷³² Voir : *Municipal Government Act*, S.A. 1994, c M-26.1 (Alberta), article 3, 7.A ; *Local Government act*, R.S.B.C. 1996, c. 323 (Colombie Britannique), articles 249, 250 ; *Loi sur les municipalités*, L.M. 1996, c.58 (Manitoba), articles 231-a et b, 232 (1) a) ; *Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, c. 18 (Nouvelle Écosse), articles 172.(1) a) et b) ; *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, c. M.45 (Ontario), article 102 ; *Loi sur les compétences municipales*, RLRQ., c. C-47.1 (Québec), article 85.

⁷³³ Ian MacF Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2^e éd., Carswell Toronto 1971, à la p. 387.

⁷³⁴ Comme le rappelle les juges dans *R. c. Greenbaum* [1993] 1 R.C.S. 674, à la p. 687 :

« Les municipalités doivent leur existence aux lois provinciales. En conséquence, elles ne peuvent exercer que les pouvoirs qui leur sont expressément conférés par une loi provinciale ».

⁷³⁵ *Shell Canada products v. Vancouver* [1994] 1 R.C.S.231

⁷³⁶ Voir : Marc Lalonde, « Paix, ordre et bon gouvernement : les pouvoirs municipaux et l'arrêt Ville de Hudson » (2002) 22 : 1 Bulletin municipal 16-19 ; Jacques L'Heureux, *Droit municipal québécois*, tome II, Montréal Wilson et Lafleur/Sorej, 1984, aux pp. 352-354.

⁷³⁷ *114957 Canada Lté (Spraytech, société d'arrosage) c. Hudson (Ville)* [2001] 2 R.C.S. 241, aux para. 18 et 19 200 DLR (4^e) 419. Marc Lalonde, *ibid.* Marc Lalonde remarque que les juges canadiens ont tendance notamment à interpréter largement la notion de « bien-être », de sorte que, par exemple, dans l'arrêt *Ville de Hudson*, il a été reconnu aux municipalités québécoises un pouvoir d'adopter des règlements basés sur la disposition très générale du paragraphe (1) de la *Loi sur les cités et villes*. En l'espèce la Cour a généreusement interprété le concept de « bien-être » permettant aux pouvoirs municipaux d'interdire l'utilisation de pesticide au sein de la municipalité. De plus, il est possible d'observer une tendance à l'élargissement des compétences municipales pour réglementer, voire interdire, la tenue de certaines activités sur son territoire. Dans l'arrêt *Dixon et al. V. City of Edmonton* [1924] R.C.S 640, la Cour suprême a ainsi admis la compétence de la ville d'Edmonton d'interdire par règlement de « faire de glissades » lors d'un festival d'hiver.

de sorte que les municipalités se voient investies d'un large pouvoir de prendre des mesures visant à assurer la paix et le bon ordre sur leur territoire.

Dès lors qu'une manifestation se définit comme la perturbation du « bon ordre », une compétence générale visant à garantir ce dernier ne peut se faire qu'au détriment de la liberté de manifestation dès lors que le maintien du bon ordre octroie un fondement inépuisable aux réglementations municipales relatives à l'exercice de la liberté de manifestation. Il est alors difficilement envisageable qu'un règlement municipal prévoyant le pouvoir d'interdire préalablement des manifestations soit déclaré *ultra vires*⁷³⁸.

Or, en considérant que les règlements municipaux peuvent se fonder sur une loi provinciale d'habilitation générale « de paix, d'ordre et de bon gouvernement », les juges canadiens s'éloignent d'une notion d'ordre public spécifique à la manifestation pourtant nécessaire à l'effectivité normative de la liberté de manifestation au sein d'un système juridique.

En droit français, les autorités administratives ne se voient pas davantage encadrées dans leur compétence de maintien de l'ordre public en matière de manifestation. En effet, le maintien de l'ordre public qui fonde le pouvoir d'interdiction préventive de manifester semble non seulement s'être affranchi de la conception matérielle consacrée par la jurisprudence *Benjamin* de 1933, mais également des circonstances locales pourtant inhérentes aux compétences des autorités administratives.

Bien que l'arrêt de principe *Benjamin* de 1933 ait pu donner l'illusion d'introduire, en matière de police des réunions, un ordre public spécifiquement délimité

⁷³⁸ Voir à ce sujet l'arrêt *Dupond c. Ville de Montréal et autres*, [1978] 2 R.C.S 770. En l'espèce, il s'agissait du *Règlement concernant certaines mesures exceptionnelles pour assurer aux citoyens la paisible jouissance de leurs libertés, réglementer l'utilisation du domaine public et prévenir les émeutes et autres troubles de l'ordre, de la paix et de la sécurité publics* n 3926. Après une refonte en 1994, puis en 2012, ce texte est devenu le *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public de la Ville de Montréal*, *RRVM c P-6*. Son inconstitutionnalité a néanmoins été soulevée dans l'arrêt *Villeneuve c. Montréal (Ville de)* [2016] QCCS 2888, au para. 397.

aux troubles extérieurs et matériels, la très polémique jurisprudence *Dieudonné* de 2014 a démontré que les autorités administratives n'étaient que très peu liées par cette conception restreinte de l'ordre public. En effet, comme on l'a déjà noté, bien qu'il existait, en l'espèce, des raisons de craindre des « incidents violents » du fait de réactions protestataires, le risque de troubles à l'ordre public provoqué par le spectacle de l'humoriste polémiste Dieudonné avait été écarté par le juge des référés du Tribunal administratif de Nantes en première instance. Selon lui, les deux conditions cumulatives posées par l'arrêt *Benjamin* n'étaient pas respectées dès lors que les forces de police déployées autour de la salle de spectacle pouvaient largement suffire à assurer la tenue du spectacle prévu⁷³⁹. Néanmoins, face à l'impossibilité de justifier la mesure d'interdiction du spectacle de Dieudonné à l'aune d'un ordre public délimité aux troubles matériels et extérieurs, le Conseil d'État, saisi en appel d'un référé liberté, a choisi de se placer sur un autre terrain ; celui du risque de porter atteinte au respect de la dignité de la personne humaine⁷⁴⁰. Ainsi, pour le juge des référés du Conseil d'État, les interdictions du spectacle de Dieudonné pouvaient se justifier par le risque que les propos tenus lors de cette représentation soient « de nature à porter de graves atteintes au respect de valeurs et principes tels que la dignité de la personne humaine et à provoquer à la haine et la discrimination raciale »⁷⁴¹. En 2007, le juge administratif français avait déjà eu recours à une telle conception immatérielle de l'ordre public pour justifier la légalité d'une interdiction de manifester. Dans l'arrêt, « soupe au porc »⁷⁴², l'interdiction d'organisation sur la voie publique une distribution de « soupes gauloises » contenant du porc a été justifiée par le Conseil d'État par une atteinte à la dignité des

⁷³⁹ CE, juge des référés, 5 janvier 2007, ord. n° 300311, précit., au considérant 6.

⁷⁴⁰ Voir : Elodie Saillant-Maragghni, « Interrogation sur la nouvelle ordonnance Dieudonné » (2015) AJDA 1659.

⁷⁴¹ Ibid.

⁷⁴² CE, juge des référés, 5 janvier 2007, ord. n° 300311, précit. En l'espèce, il s'agissait d'une manifestation dans la rue pour la distribution d'une soupe au porc, excluant de ce fait les sans-abris de confessions juive et musulmane.

personnes privées du secours proposé⁷⁴³ entraînant le risque de causer des troubles à l'ordre public. Ainsi, l'atteinte à la dignité humaine peut être consubstantielle à l'objet de la manifestation est constituer une atteinte à l'ordre public pouvant justifier son interdiction préventive par les autorités administratives.

Il semble donc que ni les autorités administratives ni le juge administratif français chargé de contrôler leur action ne se sentent particulièrement liés par la définition de l'ordre public de l'article L. 2212-2 du *Code général des collectivités territoriales* qui fonde pourtant les compétences des autorités administratives en matière d'ordre public. En effet, les autorités administratives comme les juridictions semblent préférer appréhender l'ordre public comme une notion dont l'indétermination peut justifier toute restriction à l'exercice de la liberté de manifestation en droit français. Une telle conception toujours plus extensive de l'ordre public, résultant de l'indétermination juridique de la notion, s'inscrit dans la continuité d'une tendance héritée de la III^e République.

2. Un ordre public élargi au défaut de déclaration préalable

L'absence ou la fausse déclaration préalable de manifestation sont sanctionnées en tant que délit pénal au sein des systèmes juridiques français⁷⁴⁴ et espagnol⁷⁴⁵. S'il est possible de trouver pareille sanction en droit canadien, celle-ci relève davantage de

⁷⁴³ En l'espèce, il s'agissait d'exclure certaines personnes de la distribution d'un repas du fait de leur origine ou religion.

⁷⁴⁴ Article 431-9 du *Code pénal français* :

« Est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende le fait :

1. D'avoir organisé une manifestation sur la voie publique n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration préalable dans les conditions fixées par la loi
3. D'avoir établi une déclaration incomplète ou inexacte de nature à tromper sur l'objet ou les conditions de la manifestation projetée ».

⁷⁴⁵ *Ley organica 4/2015* du 30 mars 2015, de *proteccion de la seguridad ciudadana*, article 37.1 :

« La celebracion de reuniones en lugares de transito publico o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los articulos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley organica 8/1983, de 15 de julio, cuya responsabilidad correspondera a los organizadores o promotores ».

la compétence provinciale qui s'exerce notamment à travers les règlements municipaux⁷⁴⁶.

En France, au vu de la faible consécration constitutionnelle de la liberté de manifestation, il est aisé de reconnaître la validité d'une loi qui sanctionne pénalement les manifestations ne respectant pas les modalités de l'obligation de déclaration consacrées à l'article L. 211-2 du *Code de la sécurité intérieure*⁷⁴⁷. En revanche, une telle constatation ne semble pas aussi évidente dans les systèmes constitutionnels canadien et espagnol.

L'alinéa 2 c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* consacre la liberté de réunion pacifique. Or, le caractère pacifique d'une manifestation ne semble pas pouvoir dépendre d'un avertissement préalable de la part des organisateurs. En effet, une manifestation peut être préalablement déclarée et se tenir de manière non pacifique. L'inverse est tout aussi possible. Ainsi, l'interdiction d'une manifestation du fait de l'absence de déclaration préalable est susceptible de se heurter aux garanties constitutionnelles de la liberté de réunion pacifique de la *Charte* et d'être frappée d'inconstitutionnalité. C'est en ce sens que la Cour d'appel du Québec a invalidé l'obligation de déclaration préalable de l'itinéraire et du lieu de manifestation prévue par l'article 2.1 du *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public (Règlement P-6)*⁷⁴⁸. En l'espèce, la formulation trop générale de l'obligation de communiquer au préalable l'itinéraire et le lieu exacts d'une manifestation était susceptible de rendre illégal tout

⁷⁴⁶ Par exemple, l'article 2.1 du *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public* R.R.V.M. c. P-6 a été invalidé par la Cour d'appel du Québec en 2018, dans l'arrêt *Villeneuve c. Ville de Montréal* [2018] QCCA 321.

⁷⁴⁷ Article L. 211-2 du *Code de la sécurité intérieure* :

La déclaration est faite à la mairie de la commune ou aux mairies des différentes communes sur le territoire desquelles la manifestation doit avoir lieu, trois jours francs au moins et quinze jours francs au plus avant la date de la manifestation. A Paris, la déclaration est faite à la préfecture de police. Elle est faite au représentant de l'Etat dans le département en ce qui concerne les communes où est instituée la police d'Etat. La déclaration fait connaître les noms, prénoms et domiciles des organisateurs et est signée par trois d'entre eux faisant élection de domicile dans le département ; elle indique le but de la manifestation, le lieu, la date et l'heure du rassemblement des groupements invités à y prendre part et, s'il y a lieu, l'itinéraire projeté. L'autorité qui reçoit la déclaration en délivre immédiatement un récépissé.

⁷⁴⁸ *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public* R.R.V.M. c. P-6.

rassemblement sur le domaine public en raison d'un défaut de communication préalable⁷⁴⁹. Autrement dit, en vertu de cette réglementation, une manifestation pouvait être interdite même en l'absence de troubles à l'ordre public, donc alors même que celle-ci constituait une réunion pacifique constitutionnellement protégée. Dans cette affaire, le juge québécois a veillé à la nécessité de distinguer entre manifestations préalablement déclarées et manifestations qui ne troublent pas l'ordre public. En revanche, le système constitutionnel espagnol tend à les confondre.

Cette confusion repose sur le fait qu'une manifestation non déclarée est davantage susceptible de bloquer des voies alternatives de circulation permettant l'accès aux services essentiels ; une obstruction qui peut donc mettre en danger les personnes et les biens. L'aménagement de voies alternatives de circulation suppose l'intervention des autorités compétentes responsables de la sécurité sur les voies publiques. Or, sans information préalable, celles-ci se retrouvent dans l'incapacité de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité de tous lors d'une manifestation. Ce raisonnement, qui suppose une compatibilité entre libre circulation et liberté de manifestation, trouve cependant des limites. Le Tribunal constitutionnel espagnol a notamment confirmé la validité d'une interdiction de manifester au motif d'un défaut de déclaration dans les délais impartis⁷⁵⁰. Pourtant, en l'espèce, non seulement la manifestation avait été préalablement déclarée (certes en dehors des délais), ce qui avait pu permettre aux autorités compétentes de prendre leurs dispositions, mais également celle qui s'était tenue (malgré l'interdiction) pouvait justifier de son caractère pacifique. Par conséquent, pour le juge constitutionnel espagnol, le respect de la procédure de déclaration préalable prend le pas sur le respect d'un ordre public constitutionnel limité à une finalité de sécurité des personnes et des biens.

⁷⁴⁹ *Villeneuve c. Ville de Montréal* [2018], op. cit., au para. 98.

⁷⁵⁰ STC, 36/1982, 16 juin 1982, FJ 7 ; confirmé plus tard, par exemple, par STC, 42/2000, 14 février 2000, FJ 2.

Il appert ainsi que dans le système juridique espagnol, le seul droit de manifester constitutionnellement consacré est celui qui non seulement n'engendre pas un trouble à l'ordre public en mettant en danger les personnes et les biens mais qui est également préalablement déclaré en bonne et due forme. Ainsi, l'article 8 de la *ley organica* de 1983 prévoit un délai de dix jours minimum et trente maximum pour que les organisateurs communiquent la déclaration préalable aux autorités administratives. Ce délai diffère sérieusement de la procédure préalable consacrée en droit français qui demande aux organisateurs de déclarer l'intention de manifester trois jours au moins avant la date prévue. Toutefois, l'article 8 de la loi organique espagnole prévoit un délai particulier de vingt-quatre heures lorsque des « raisons extraordinaires et graves justifient l'urgence de la convocation et de la célébration de la réunion dans un lieu de circulation publique ou de la manifestation ». Par ailleurs, l'article 9 de la *ley organica* de 1983⁷⁵¹ précise le contenu de la déclaration préalable de manifestation. Tout d'abord, il est demandé aux organisateurs d'indiquer leurs noms, prénoms, adresse et numéro de document officiel d'identité. De plus, la déclaration doit informer le lieu, la date, l'heure et la durée prévus de la manifestation. Enfin, la déclaration doit préciser aux autorités administratives l'objet que poursuit la manifestation, puis l'itinéraire qu'elle prévoit d'emprunter. L'article 9 e) de la *ley organica* espagnole oblige aussi les organisateurs à mentionner les mesures envisagées pour garantir la sécurité lors de la manifestation envisagée. En droit français, on retrouve une pareille obligation mais seulement pour les rassemblements festifs à caractère musical⁷⁵². L'absence ou la fausseté de l'un de ces éléments de la déclaration sera considérée comme un défaut de déclaration excluant la manifestation de la protection constitutionnelle de l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*. Or, en dehors de l'obligation de communication du lieu, de l'itinéraire, de la date, de l'heure et de la durée prévus de la manifestation, il semble que de nombreux éléments, comme l'identité des organisateurs et l'objet de la

⁷⁵¹ *Ley organica* 9/1983 du 15 juillet 1983, précit.

⁷⁵² Article L. 211-5 du *Code de la sécurité intérieure*.

manifestation, soient superfétatoires au regard de la nécessité de prévoir des voies alternatives de circulation.

En plus d'être superflue, la déclaration préalable de l'objet de la manifestation et de l'identité des organisateurs, associée à un pouvoir d'interdiction préventive, s'avère dangereuse dès lors qu'elle multiplie les chances d'instrumentalisation du régime de déclaration préalable pour en faire un véritable régime de censure préalable.

Section 2. Le contrôle juridictionnel des restrictions de manifester

Il ne suffit pas que les autorités infralégislatives soient investies d'une compétence d'interdire une manifestation pour qu'une telle prohibition soit valide. Si l'on admet un pouvoir d'interdiction de manifester pour des motifs d'ordre public au sein des trois systèmes constitutionnels, il est requis que ces mesures soient adaptées à l'importance de la menace de troubles à l'ordre public. Pour ce faire, les juges français, espagnol et canadien ont adopté des critères de validité similaires. Au-delà du fait que la mesure d'interdiction doit réellement permettre de répondre à la menace de troubles, celle-ci doit être nécessaire et proportionnée. Cependant, comme une interdiction de manifester permettra toujours d'éviter les risques de troubles à l'ordre public inhérents aux manifestations, on voit mal comment elle peut satisfaire ces exigences de nécessité et de proportionnalité (A). À l'inverse, les mesures de modification des modalités d'exercice de la liberté de manifestation semblent bénéficier d'une présomption de nécessité et de proportionnalité étant donné qu'elles apparaîtront toujours moins attentatoires et plus proportionnées au regard de la liberté de manifestation qu'une interdiction. Néanmoins, un tel raisonnement ne doit pas négliger le fait que le lieu, la date, l'horaire et l'itinéraire d'une manifestation font partie intégrante de son aspect communicatif de sorte que les modifier reviendrait à amputer l'un de ses éléments expressifs. En ce sens, si l'obligation de déclaration préalable d'une manifestation octroie aux autorités compétentes un pouvoir de modification de ses modalités d'exercice, ces mesures de modification doivent

impliquer les mêmes garanties juridictionnelles que les mesures d'interdiction de manifester. Autrement dit, les mesures de modification d'une manifestation doivent non seulement être adaptées à la menace de troubles à l'ordre public mais également être nécessaires et proportionnées pour pouvoir être considérées comme valides (B).

A. Le principe de « proportionnalité » d'une interdiction d'organiser une manifestation

1. Les critères de légalité des mesures infralégislatives restreignant l'organisation d'une manifestation

Bien qu'en vertu de l'article 21-2 de la *Constitution espagnole* les autorités administratives soient compétentes pour interdire la tenue d'une manifestation, ce pouvoir est toutefois conditionné à l'existence de « raisons fondées de croire que l'ordre public sera perturbé mettant en danger les personnes et les biens ». Ces raisons qu'exige le texte constitutionnel pour justifier une interdiction de manifester doivent répondre au principe de proportionnalité qui découle de la consécration d'un « contenu essentiel » des droits et libertés garantis à l'article 53 de la *Constitution espagnole*. Directement inspiré du modèle allemand, « berceau incontestable du contrôle juridictionnel de la proportionnalité »⁷⁵³, ce principe s'est imposé partout comme un moyen de protection des droits fondamentaux à travers le contrôle de la modération des atteintes que sont susceptible de porter la puissance publique aux droits fondamentaux dans la poursuite de leur objectif d'intérêt général⁷⁵⁴. L'application de ce mécanisme de pondération est explicitement reconnue par le Tribunal constitutionnel espagnol en matière de liberté de manifestation⁷⁵⁵. On retrouve une pareille reconnaissance du principe de proportionnalité des restrictions apportées à la tenue d'une manifestation au sein de la jurisprudence canadienne.

À l'instar du droit espagnol, le fait que les autorités réglementaires comme les

⁷⁵³ Georges Xynopoulos, « Proportionnalité », dans Stéphane Rials, Denis Alland, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, coll. « Quadrige », 2014, à la p. 1251.

⁷⁵⁴ Ibid.

⁷⁵⁵ STC, 66/1995, 8 mai 1995, FJ 3.

municipalités soient compétentes pour restreindre l'exercice de la liberté de manifestation ne suffit pas à déterminer que toutes les mesures d'interdiction sont légales. Ainsi, même si les municipalités canadiennes sont compétentes pour limiter le droit de manifester, afin qu'elles soient considérées comme constitutionnelles, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne*, les limitations doivent être raisonnables et pouvoir se justifier dans le cadre d'une société démocratique. En 1986, la Cour suprême canadienne a effectivement décidé, dans sa célèbre décision *Oakes*⁷⁵⁶, d'interpréter l'article premier de la *Charte canadienne* comme la constitutionnalisation de l'approche interprétative dominante de la théorie constitutionnelle qui fait du principe de proportionnalité le critère de conformité constitutionnelle des restrictions apportées aux droits constitutionnellement reconnus⁷⁵⁷.

Ainsi, pour déterminer qu'une restriction à un droit constitutionnellement consacré est valide au sein du système constitutionnel canadien, le juge doit d'abord déterminer si l'objectif poursuivi par la restriction est suffisamment urgent et important, puis il applique les trois étapes du test de proportionnalité⁷⁵⁸. En premier lieu, pour qu'une mesure restreignant la liberté de manifestation soit considérée comme conforme aux exigences de l'article premier de la *Charte canadienne*, il est nécessaire que celle-ci ait un lien rationnel avec l'objectif visé. Ensuite, à supposer qu'un tel lien puisse être établi, le moyen choisi pour atteindre l'objectif visé doit être de nature à porter le moins possible atteinte à la liberté en question. Enfin, il s'agit de vérifier la proportionnalité « au sens strict » de la mesure, c'est-à-dire que ses effets préjudiciables sur l'exercice de la liberté d'expression n'excèdent pas le bénéfice de l'objectif visé⁷⁵⁹. C'est en

⁷⁵⁶ *R. c. Oakes* [1986] 1 RCS 103 [Oakes].

⁷⁵⁷ Voir, par exemple : Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", (2007) 57 U. Toronto L.J. 383.

⁷⁵⁸ Rhita Boust, « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité » (2007) 4 RIDC 868.

⁷⁵⁹ *R. c. Oakes*, précit., à la p. 139. Voir aussi : Grégoire C. N. Webber, « La disposition limitative de la Charte canadienne : une invitation à définir les droits et libertés aux contours indéterminés », dans Luc B. Tremblay, Grégoire C. N. Webber, *La limitation des droits de la Charte: essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The limitation of Charter rights : critical essays on R. v. Oakes*, Montréal, Thémis, 2009, à la p. 81.

application de ce triple test que la Cour d'appel du Québec a annulé, en 2018, l'article 2-1 du *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public, R.R.V.M. c. P6*⁷⁶⁰. En effet, pour les juges :

« L'obligation comme telle de fournir un itinéraire ou de divulguer un lieu peut contribuer à la réalisation de l'objectif poursuivi, soit celui de permettre la jouissance pour tous et en toute sécurité des voies, parcs et places publiques et autres endroits du domaine public par un encadrement sécuritaire de l'attroupement et une gestion de la circulation où il se déroule »⁷⁶¹.

Ainsi, il a été reconnu un lien rationnel entre la limitation de l'exercice de la liberté de manifestation et l'objectif poursuivi. Si la pondération passe la première étape du test de proportionnalité, il semble que l'obligation de déclaration préalable de l'itinéraire, en revanche, ne passe pas la deuxième étape qui est celle de la vérification d'une atteinte minimale. En effet, pour la Cour d'appel du Québec, le fait que l'obligation de déclaration préalable du lieu et de l'itinéraire s'applique à toutes les manifestations sans distinction ne satisfait pas ce critère. En conséquence, il a été précisé :

« La Ville n'a donc pas choisi le moyen le moins attentatoire d'atteindre l'objectif et la juge devait dans les circonstances conclure à l'invalidité d'une disposition qui constitue une atteinte à des droits garantis par les Chartes »⁷⁶².

En droit français, c'est à partir de l'arrêt *Benjamin* de 1933 que le Conseil d'État a consacré le principe de proportionnalité quant au contrôle de la légalité des mesures de police administrative⁷⁶³. Même s'il appartient au maire de prendre les mesures nécessaires pour éviter des désordres, les pouvoirs des autorités administratives ne sont pas sans limites. Précisément, dans l'arrêt *Benjamin*, le commissaire du gouvernement Michel a rappelé que « la liberté est la règle, la restriction de police l'exception »⁷⁶⁴. Cette formule, déjà mentionnée par le commissaire du gouvernement Corneille dans

⁷⁶⁰ *Villeneuve c. Ville de Montréal* [2018], op. cit.

⁷⁶¹ *Ibid.*, au para. 95.

⁷⁶² *Ibid.*, au para. 100.

⁷⁶³ René Chapus, *Droit administratif général*, 11^e éd., tome 1, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 1997, à la p. 949. Le professeur Chapus parlait à ce sujet de « plein contrôle de proportionnalité ».

⁷⁶⁴ Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., à la p. 282.

l'affaire *Baldy* de 1917⁷⁶⁵, a servi de véritable *leitmotiv* pour les commissaires de gouvernement successifs.

En l'espèce, dans l'arrêt *Benjamin*, le Conseil d'État a estimé que l'interdiction de réunion prononcée par le maire de Nevers était entachée d'excès de pouvoir dès lors que :

« [...] l'éventualité de troubles ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qui lui appartenait de prendre ».

Le Conseil d'État a donc posé ici le principe selon lequel les limitations apportées aux libertés par les autorités de police ne sont légales que si le maintien de l'ordre les rend nécessaires⁷⁶⁶. Le juge vérifie alors non seulement s'il existe, au regard des circonstances de l'espèce, une menace à l'ordre public susceptible de justifier une mesure de police mais encore, lorsqu'elle existe, si la mesure en question est appropriée à l'importance de la menace⁷⁶⁷.

Le Conseil d'État a ainsi consacré dans cet arrêt un contrôle de proportionnalité pour apprécier la légalité des mesures de police. Il s'agit d'un contrôle « maximal » qui, à la différence d'un contrôle normal, comprend trois étapes. En effet, tandis que le contrôle normal se limite à vérifier si la mesure administrative contestée répond à un objectif légal, le contrôle maximum implique que le juge se demande non seulement si la mesure est adaptée et nécessaire à cet objectif mais également si celle-ci est également proportionnée au sens strict, c'est-à-dire qu'il doit rechercher s'il n'existait pas une mesure moins attentatoire à la liberté pour atteindre l'objectif poursuivi.

⁷⁶⁵ CE, 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855, Rec. à la p. 638 :

« Pour déterminer l'étendue des pouvoirs de police dans un cas particulier, il faut tout de suite se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux libertés des particuliers ; que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'Homme est explicitement ou implicitement au frontispice des Constitutions républicaines et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception ».

⁷⁶⁶ René Chapus, *Droit administratif général*, 15^e éd., tome 1, Paris Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2001, à la p. 699 et s.

⁷⁶⁷ Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., à la p. 284.

L'arrêt *Benjamin* a été commenté comme étant une jurisprudence posant un principe général de droit et, à ce titre, a été repris dans de nombreux arrêts liés à l'exercice de la liberté de réunion. C'est ainsi que le Conseil d'État a notamment pu confirmer l'annulation d'un arrêté d'interdiction d'une réunion organisée par le Front national pris par un maire. En l'espèce, le juge administratif a effectivement estimé « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que cette réunion ait été de nature à menacer l'ordre public dans des conditions telles qu'il ne pouvait être paré à tout danger par des mesures de police appropriées »⁷⁶⁸. Un tel contrôle de la proportionnalité des mesures suppose une obligation, pour l'autorité infralégislative compétente, de prendre la mesure la moins contraignante à l'exercice de la liberté concernée en considération de la nature et de l'intensité des troubles. Néanmoins, face à une mesure restreignant l'organisation d'une manifestation, le juge administratif français semble beaucoup moins exigeant quant au contrôle juridictionnel de sa justification.

2. La persistance d'un « contrôle normal » de légalité des mesures infralégislatives interdisant la tenue de manifestation en droit français

Avant la décision du Conseil constitutionnel du 18 janvier 1995⁷⁶⁹, on ne trouvait aucune mention à l'existence même de la liberté de manifestation au sein du système normatif français. À l'inverse, il n'y avait aucun doute quant au fait que l'autorité municipale était responsable du maintien de l'ordre public⁷⁷⁰.

De cette façon, la simple crainte que la manifestation envisagée menace l'ordre public suffisait à fonder légalement une décision d'interdiction préventive. À ce titre, dans l'arrêt *Baldy* de 1917, le Conseil d'État a estimé que les manifestations, cortèges ou attroupements étaient présumés être susceptibles de nuire à la tranquillité

⁷⁶⁸ CE, 29 décembre 1997, *Maugendre*, n° 164299.

⁷⁶⁹ Nous faisons ici référence à la décision du Conseil constitutionnel n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, précit.

⁷⁷⁰ En vertu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 dont les termes ont été repris dans le *Code général des collectivités territoriales* à l'article L. 2212-2.

publique⁷⁷¹. Autrement dit, la simple tenue d'une manifestation pouvait préjuger à elle seule d'une menace à l'ordre public et ainsi justifier des mesures de police restreignant l'exercice de la liberté de manifestation. Le juge administratif procédait à un « contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation »⁷⁷² opéré dans le cadre d'un contrôle restreint⁷⁷³.

Cependant, les risques de troubles à l'ordre public étant considérés comme inhérents à la manifestation, un tel contrôle juridictionnel avait peu de chance de déboucher sur une censure des mesures d'interdiction de manifester. Ainsi, même en l'absence de circonstances concrètes justifiant la crainte d'une menace de troubles à l'ordre public, le juge administratif français pouvait se contenter d'estimer que la manifestation prévue présentait un caractère « de nature à justifier légalement l'interdiction » sans aller plus loin dans sa justification d'interdiction de manifester⁷⁷⁴. Ce faible contrôle juridictionnel de la présence d'une menace de troubles à l'ordre public justifiant une interdiction de manifester rompt avec les exigences plus poussées du droit espagnol.

En effet, en vertu de l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*, les manifestations et autres réunions sur les voies publiques de circulation peuvent être interdites uniquement lorsqu'il existe des raisons fondées - autrement dit des raisons motivées par les autorités compétentes - permettant de croire que l'ordre public sera perturbé de sorte à mettre en danger les personnes et les biens. L'autorité administrative ne peut donc se contenter d'une simple suspicion comme en droit français pour utiliser

⁷⁷¹ CE, 10 août 1917, *Baldy*, précit.

⁷⁷² Vincent Tchen, « Des condition permettant l'interdiction d'une manifestation » (2004) 7 La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales 196.

⁷⁷³ Marie Christine Rouault, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Paris, Galino, 2006, à la p. 173.

⁷⁷⁴ Voir, par exemple : CE, 19 février 1954, *Union des syndicats ouvrier de la région parisienne CGT et sieur Henaff*, Rec. à la p. 113, Gaz Pal., 1954, I, 298 ; CE, 3 mai 1974, *Mutuelle nationale des étudiants de France*, Rec. à la p. 260, AJDA 1975, 188 ; CE 19 juin 1953, *Houphouët-Boigny et autres*, Rec. à la p. 260, AJDA, 1975, 188. Dans ces arrêts, l'application d'un contrôle minimum et l'exclusion du contrôle maximum de la mesure réglementaire d'interdiction de manifester est d'autant plus affirmée que le juge administratif remet directement en cause l'existence d'un droit de réunion sur la voie publique au sein du système normatif français. Voir, plus généralement l'article de Marcel-René Tercinet, « La liberté de manifestation en France », op. cit., à la p. 1017.

son pouvoir d'interdiction de manifester. Elle est tenue de rassembler, au regard des circonstances concrètes et particulières du cas d'espèce, un nombre suffisant d'éléments objectifs permettant de prévoir que le maintien d'une manifestation mettra effectivement en péril la sécurité des personnes et des biens⁷⁷⁵. En cas de doute, les juges espagnols sont tenus d'appliquer le principe *favor libertatis* qui lie les pouvoirs publics dans leurs interprétations des règles de droit afin que leur application soit toujours favorable aux libertés plutôt qu'à leur restriction⁷⁷⁶.

D'autre part, même lorsqu'il n'y a pas de doute quant au fait que la manifestation envisagée entraînera des troubles à l'ordre public mettant en danger la sécurité des personnes et des biens, une interdiction de manifester sera considérée comme valide uniquement s'il n'existe pas d'autres moyens moins stricts de préserver la sécurité des personnes et des biens⁷⁷⁷. Autrement dit, au sein du système constitutionnel espagnol, pour que l'autorité administrative puisse légalement exercer son pouvoir d'interdiction de manifester, elle doit non seulement motiver sa décision de manière détaillée et circonstanciée mais également adopter les mesures nécessaires pour tenter d'éviter à tout prix l'interdiction de la manifestation prévue⁷⁷⁸.

Pour autant, la jurisprudence administrative française n'est pas dénuée d'exemples d'application d'un contrôle juridictionnel maximum de mesures d'interdiction de manifester. C'est le cas, par exemple, d'un arrêt de 1948 à l'occasion duquel le Conseil d'État a annulé une telle mesure au motif qu' :

⁷⁷⁵ STC, 66/1995, précit. Voir aussi Jose Luis Lopez Gonzalez, "A proposito de la STC 66/1995, de 8 mayo, en torno a los limites al derecho de reunion", (1996) 48 Revista espanola de derecho constitucional 246.

⁷⁷⁶ Juan Manuel M Goig Martinez (coord.), Maria Nuñez Martinez, Cayetano Nuñez Rivero, *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial universitas internacional, S.L, 2006, à la p. 309.

⁷⁷⁷ L'article 10 de la *ley organica 9/1983*, précit. prévoit que :

« Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden publico, con peligro para personas o bienes, podra prohibir la reunion o manifestacion o, en su caso, proponer la modificacion de la fecha, lugar, duracion o itinerario de la reunion o manifestacion. La resolucion debera adoptarse en forma motivada, y notificarse en el plazo maximo de cuarenta y ocho horas desde la comunicacion prevista en el articulo 8, de acuerdo con los requisitos establecidos en la ley de procedimiento admisnitrativo ».

⁷⁷⁸ Jose Luis Lopez Gonzalez, "A proposito de la STC 66/1995, de 8 mayo, en torno a los limites al derecho de reunion", op. cit., à la p. 248.

« il ne ressort pas qu'elle est de nature à menacer la tranquillité ou la sécurité publique dans des conditions telles qu'il ne peut être paré à tout danger par des mesures de police appropriées »⁷⁷⁹.

Au fil des années, le juge administratif français semble s'être habitué à préciser explicitement, à l'instar du juge espagnol, quels sont les motifs de croire que la manifestation envisagée est de nature à troubler l'ordre public⁷⁸⁰. Précisément, en excluant la simple menace de troubles à l'ordre public pour justifier une mesure d'interdiction de manifester, le Conseil d'État français s'est aligné sur le contrôle juridictionnel appliqué par les juges espagnols.

L'arrêt *Ministre de l'Intérieur c. Association « Communauté tibétaine en France et ses amis »*⁷⁸¹ de 1997 illustre la première véritable application d'un contrôle maximum d'une mesure d'interdiction de manifester. En l'espèce, le juge administratif français a estimé qu'un arrêté d'interdiction générale de manifester dans toute la capitale française « excédait dans les circonstances de l'espèce les mesures qui auraient été justifiées par les nécessités du maintien de l'ordre public à l'occasion de la visite du président de la République populaire de Chine »⁷⁸². Ici, le juge administratif ne s'est donc pas limité à un contrôle « normal » de la présence d'un risque de troubles à l'ordre public mais a réalisé un contrôle de proportionnalité complet tel qu'il a été posé par la jurisprudence *Benjamin* afin d'apprécier la validité d'une mesure d'interdiction de manifester. Ainsi, la reconnaissance de la légalité d'une telle mesure n'est plus uniquement conditionnée à la présence d'un risque de troubles à l'ordre public ; la mesure en question doit également avoir été nécessaire au regard des autres moyens à

⁷⁷⁹ CE, 5 mars 1948, *Jeunesse indépendante chrétienne féminine*, Rec. à la p. 121.

⁷⁸⁰ Dans l'arrêt *Commune de Vertou* du 12 octobre 1983, Rec. à la p. 406, le Conseil d'État a fait explicitement référence aux « mots d'ordre lancés par les organisateurs de la manifestation de porter atteintes illégales aux propriétés privées » pour constater l'existence de véritables menaces pour l'ordre public. Puis dans l'arrêt *Jacques Saldou* du 2 juillet 1993, Gaz. Pal., 1994, Dr. Adm., n° 61, le Conseil d'État s'est fondé sur les circonstances du moment, à savoir la « vague d'attentats », pour constater l'existence d'une véritable menace à l'ordre public en cas de maintien de la tenue de la manifestation projetée.

⁷⁸¹ CE, 12 novembre 1997, *Ministre de l'Intérieur c. Association « Communauté tibétaine de France et ses amis »*, n° 169295.

⁷⁸² Ibid.

disposition de l'autorité compétente pour atteindre l'objectif de maintenir l'ordre public.

Malgré quelques exceptions, il semble toutefois qu'un tel « plein contrôle de proportionnalité »⁷⁸³ ne soit pas systématiquement réalisé à l'endroit de mesures interdisant de manifester comme c'est le cas en droit espagnol. Par exemple, dans un arrêt relatif à des manifestations organisées par l'*Association SOS tout petit* devant des cliniques d'avortement⁷⁸⁴, le Conseil d'État a validé des mesures d'interdiction préventive sans rechercher si les autorités disposaient d'autres moyens moins attentatoires que la prohibition pour maintenir la manifestation tout en préservant l'ordre public⁷⁸⁵.

Ainsi, on note une différence de degré de contrôle de la légalité des mesures d'interdiction de manifester selon les cas d'espèce. Tantôt le juge administratif peut choisir de procéder à un contrôle maximum pour apprécier la validité d'une telle mesure à l'aune du degré de gravité de trouble à l'ordre public et, dans pareil cas, il s'aligne sur le contrôle juridictionnel appliqué par les juges espagnols ; tantôt il peut se contenter d'une simple présomption de troubles à l'ordre public qui, inhérente à toute manifestation, pourra justifier toutes les mesures d'interdiction. Le choix du degré de contrôle ne semble donc obéir à aucun critère préétabli sinon à l'entière discrétion du juge.

⁷⁸³ René Chapus, *Droit administratif général*, 15^e éd., Tome 1, op. cit., à la p. 1075.

⁷⁸⁴ CE, 5^e et 7^e sous-sections réunies, 25 juin 2003, *Association S.O.S tout petits*, n° 223444, Rec. Lebon confirmant l'arrêt d'appel, CAA Nantes, 3^e ch., *Association SOS tout petits*, 11 mai 2000, N 98NT01009, inédit au Rec. Lebon

⁷⁸⁵ CE 5^e et 7^e sous sections réunies, ibid. ; CAA Nantes, 3^e chambre, ibid. Le Conseil d'État a estimé en l'espèce qu'en considérant la nécessité de préserver la tranquillité aux abords immédiats d'un établissement hospitalier, la Cour administrative d'appel avait réalisé « une exacte qualification des faits » qui suffit à interdire la manifestation. CE, 25 juin 2003, *Association SOS tout petits*, n° 248264, AJDA Tome 1, 2004, p. 888, note Olivier Le Bot. Cependant, même si le Conseil d'État a évoqué la difficulté d'intervention des forces de l'ordre après avoir constaté que le lieu de la manifestation et le déroulement des précédents rassemblements étaient constitutifs de troubles à l'ordre public, il n'a pas examiné si les forces de l'ordre étaient en nombre suffisant pour encadrer la manifestation ou si le « rassemblement aurait pu être encadré par des effectifs de police supplémentaires ».

Cette absence de rigueur et de continuité de la part des juges réalisant un contrôle juridictionnel des mesures d'interdiction de manifester entraîne plusieurs conséquences. En premier lieu, cela produit de l'insécurité juridique au détriment des garanties de la liberté de manifestation. En effet, face à une mesure d'interdiction, les organisateurs ne peuvent pas savoir à l'avance quel degré de contrôle juridictionnel sera réalisé pour apprécier la validité de la mesure d'interdiction. D'autre part, il existe un risque que le contrôle juridictionnel d'une mesure d'interdiction de manifester se confonde avec la volonté politique de soutenir ou de s'opposer à l'autorité administrative qui a décidé d'interdire une manifestation dont l'objet réside, la plupart du temps, dans la contestation d'une décision gouvernementale. Or, le rôle du juge n'est pas de soutenir ou de s'opposer au Gouvernement mais de contrôler la légalité de son action.

B. Le faible contrôle juridictionnel des mesures de modifications des modalités d'exercice de la manifestation

1. Un principe de « proportionnalité » en faveur des mesures de modification des modalités de manifestation

À l'instar de l'objet de la manifestation, les modalités d'exercice de cette dernière - telles que la date et l'heure ou encore le lieu ou l'itinéraire - sont autant d'éléments en principe garantis par la liberté de manifestation.

Parmi les trois systèmes constitutionnels étudiés, c'est le modèle espagnol qui reconnaît le mieux un lien entre l'objet de la manifestation et ses modalités d'exercice prévues par les organisateurs. Ainsi, tant pour la doctrine que pour le Tribunal constitutionnel, le choix du lieu, de la date, de l'horaire et de l'itinéraire de la manifestation concourt au caractère fondamental de la liberté reconnue par l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*. Ces éléments sont intimement liés à l'objectif d'expression et de publicité d'opinions et de revendications au cœur du droit de

manifester⁷⁸⁶. Ainsi, le choix d'organiser une manifestation autour du Parlement, lors d'une séance plénière pour le vote du budget de l'année, est inséparable du message de contestation de la corruption des élus porté par les manifestants⁷⁸⁷. Cet exemple illustre combien le lieu et l'horaire peuvent apparaître comme deux éléments déterminants de l'exercice du droit de manifester. La liberté de choisir le lieu et le moment d'une manifestation apparaît comme nécessaire à l'effectivité de cette liberté consacrée à l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*. Dès lors, « la création de *manifestodrome* ou de *circuit d'expression civique* »⁷⁸⁸, ou encore la mise en place d'une « zone de libre expression » à l'occasion du sommet du G7 de Charlevoix au Québec en 2018⁷⁸⁹, semblent incompatibles avec le *contenu essentiel* de la liberté de manifestation constitutionnellement consacrée.

Cependant, il ne s'agit pas de garantir un droit absolu de manifester suivant les conditions prévues par les organisateurs. En effet, l'utilisation des voies de circulation que suppose l'exercice de la liberté de manifestation rend incontournable sa conciliation avec la liberté de circulation susceptible de s'exercer sur les mêmes voies de circulation. Afin d'assurer le bon déroulement d'une manifestation, les organisateurs ont tout intérêt à collaborer avec les services d'ordre, notamment en cas de débordements. En ce sens, la Cour supérieure du Québec, dans l'arrêt *Villeneuve c. Montréal*⁷⁹⁰, a reconnu que la communication préalable du lieu et de l'itinéraire d'une manifestation susceptible d'entraver la voie publique facilitait le travail de protection des policiers.

⁷⁸⁶ Juan Manuel Goig Martinez (coord.), Maria Nuñez Martinez, Cayatano Nuñez Rivero, *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., à la p. 309.

⁷⁸⁷ Source : https://elpais.com/politica/2016/10/27/actualidad/1477571241_862146.html [en ligne le 19 septembre 2019].

⁷⁸⁸ Domingo Perez Cataño, *Regimen juridico del derecho de reunion y manifestacion*, Madrid, Ministerio del Interior, 1997, à la p. 61.

⁷⁸⁹ Source : <https://revuelespritlibre.org/inquietante-etrangete-au-g7-de-charlevoix> [en ligne le 16/09/2019] <https://www.lapresse.ca/actualites/201806/08/01-5185074-g7-a-la-malbaie-cinq-clotures-pour-un-manifestant.php> [en ligne le 16/09/2019].

⁷⁹⁰ *Villeneuve c. Montréal* [2016], précit., au para. 241.

Au sein des systèmes constitutionnels français et espagnol, loin d'enregistrer passivement une intention de manifester, l'obligation de déclaration préalable octroie aux autorités compétentes un pouvoir de modification des modalités d'exercice de la manifestation. Le dépôt d'une déclaration donne lieu à une phase de discussion durant laquelle les services d'ordre informent les organisateurs des risques particuliers du parcours choisi de manière à « négocier » l'itinéraire, le point de rendez-vous ou encore la durée de la manifestation⁷⁹¹. Ainsi, le procédé de la déclaration préalable s'accompagne non seulement d'un pouvoir d'interdiction de manifester des autorités administratives mais également de la possibilité que celles-ci changent les modalités de la manifestation afin d'assurer le maintien de l'ordre public.

Au sein de l'ordonnancement juridique français, ce pouvoir n'a explicitement été consacré que récemment. En effet, les dispositions du *décret-loi du 23 octobre 1935* consacrant l'obligation de déclaration préalable ne reconnaissent pas de pouvoir de modification des modalités d'organisation d'une manifestation mais uniquement un pouvoir d'interdiction. Pourtant, en pratique, il est apparu que le procédé de la déclaration préalable entraîne systématiquement une phase de « négociation » durant laquelle l'administration peut soumettre l'exercice de la manifestation à un « mécanisme d'autorisation conditionnelle ». Cette pratique systématique de la négociation des modalités de la manifestation a été « légalisée » à travers l'*ordonnance du 12 mars 2012* qui est venue codifier la procédure de déclaration préalable prévue par le *décret-loi du 23 octobre 1935* à travers les articles L. 211-6⁷⁹² et L. 211-7⁷⁹³ du *Code de la sécurité intérieure* accordant la possibilité aux autorités compétentes

⁷⁹¹ Hubert Gérald. Hubrecht, « Le droit français de manifestation », op. cit. à la p. 202.

⁷⁹² Article L. 211-6 du *Code de la sécurité intérieure* :

« Lorsque les moyens envisagés paraissent insuffisants pour garantir le bon déroulement du rassemblement, le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police, organise une concertation avec les responsables, destinée notamment à adapter lesdites mesures et, le cas échéant, à rechercher un terrain plus approprié ».

⁷⁹³ Article L. 211-7 du *Code de la sécurité intérieure* :

« Le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police, peut imposer aux organisateurs toute mesure nécessaire au bon déroulement du rassemblement, notamment la mise en place d'un service d'ordre ou d'un dispositif sanitaire. Il peut interdire le rassemblement projeté si celui-ci est de nature à troubler gravement l'ordre public ou si, en dépit d'une mise en demeure préalable adressée à l'organisateur, les mesures prises par celui-ci pour assurer le bon déroulement du rassemblement sont insuffisantes ».

d'« imposer aux organisateurs toutes mesures nécessaires au bon déroulement du rassemblement ».

En droit constitutionnel espagnol, l'article 10 de la *ley organica* 9/1983⁷⁹⁴ indique qu'avant toute mesure d'interdiction, les autorités compétentes doivent proposer des alternatives - comme une modification de l'itinéraire, de la date, de la durée ou du lieu prévu - pour permettre, malgré tout, l'exercice effectif de la liberté de manifestation.

Si l'on admet qu'une modification des modalités d'une manifestation est une mesure moins attentatoire qu'une interdiction de cette dernière, face à une interdiction de manifestation, les juges espagnols, dans le cadre de la procédure d'urgence prévue, contrôleront si les autorités compétentes ont proposé les alternatives à l'interdiction, pour permettre, malgré tout, l'exercice de la liberté de manifester. Autrement dit, au sein du système constitutionnel espagnol, lorsqu'il existe une alternative à l'interdiction de manifester, cette dernière ne pourra pas être considérée comme constitutionnellement valide⁷⁹⁵.

Toutefois, les mesures de modification du choix des organisateurs, loin d'être une simple manière de faciliter une conciliation entre liberté de circulation et sécurité des manifestants comme des non-manifestants, sont susceptibles de restreindre la publicité du message portée par la manifestation. À ce titre, toutes les mesures de restriction, au même titre que les mesures d'interdiction, doivent être soumises à un contrôle juridictionnel afin d'assurer une protection effective de la liberté de manifestation.

⁷⁹⁴ Article 10 de la *ley organica* 9/1983, précit.

⁷⁹⁵ On retrouve une telle application du principe de nécessité des interdictions préventives dans la majeure partie de la jurisprudence relative à la liberté de manifestation consacré à l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*. Voir, par exemple : STC, 301/2006, 23 octobre 2006, FJ 4 ; STC, 163/2006, 22 mai 2006, FJ 3 ; STC, 90/2006, 27 mars 2006, FJ 2 b) ; STC, 42/2000, 14 février 2000, FJ 2 ; STC, 66/1995, 8 mai FJ 3.

2. L'importance du contrôle juridictionnel des mesures de modification des modalités de manifestation

Le contrôle juridictionnel d'une mesure modifiant les modalités d'une manifestation suppose, tout d'abord, l'existence de voies de recours effectives pour contester une telle mesure. Or, les organisateurs ne disposent pas toujours de possibilités de recours adaptées à l'urgence de la situation.

En France, par exemple, avant l'introduction de la procédure d'urgence du référé-liberté consacré par la loi du 30 juin 2000⁷⁹⁶, aucune action ne permettait d'annuler une mesure infralégislative restreignant l'exercice de la liberté de manifestation avant que celle-ci n'ait lieu. Autrement dit, une manifestation pouvait être restreinte par une mesure administrative en réalité illégale dès lors qu'en l'absence de procédure d'urgence, l'illégalité ne pouvait être éventuellement contrôlée qu'*a posteriori*, c'est-à-dire après la date prévue de la manifestation. Les voies de recours pour excès de pouvoir mises à la disposition des organisateurs paraissaient dépourvues d'efficacité et de pertinence⁷⁹⁷. Avant la mise en place de la procédure d'urgence du référé-liberté, la seule voie de recours « efficace » pour contester une restriction préventive de manifester avant la date projetée résidait donc dans la possibilité, pour les organisateurs, de demander un sursis à exécution des décisions d'interdiction au préfet qui pouvait :

« saisir dans les 48 heures le Tribunal administratif et ainsi ordonner le sursis à exécution de l'acte d'une autorité locale qui était de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle »⁷⁹⁸.

Pour autant, l'initiative de déclencher ce contrôle juridictionnel restant aux mains du préfet, il ne s'agissait pas d'une voie de recours véritablement effective pour les organisateurs.

La procédure spéciale du référé-liberté, codifiée à l'article L. 521-2 du *Code de*

⁷⁹⁶ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

⁷⁹⁷ H.-G. Hubrecht, « Le droit français de manifestation », op. cit., à la p. 199.

⁷⁹⁸ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, articles 3-5 (abrogée en 1996).

justice administrative, a considérablement amélioré la protection juridictionnelle de la liberté de manifestation face aux restrictions administratives. En effet, cette procédure d'urgence prévoit que :

« saisi d'une demande justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale ou un organisme de droit privé, chargé de la gestion d'un service public aurait porté dans l'exercice de l'un de ses pouvoirs une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de 48 heures ».

Cependant, l'expression « liberté fondamentale » mentionnée dans le *Code de justice administrative* n'ayant pas fait l'objet d'une définition légale, c'est au juge administratif qu'est revenue la tâche, au gré des espèces, de tracer « une ligne de conduite, en dessinant le contenu des libertés qu'il entendait protéger »⁷⁹⁹. Ainsi, dans un arrêt du 5 janvier 2007⁸⁰⁰, reconnaissant qu'un arrêté préfectoral d'interdiction de manifester pouvait faire l'objet d'un référé-liberté, le Conseil d'État a consacré la liberté de manifestation parmi les libertés fondamentales concernées par cette procédure d'urgence. Une telle voie de recours permet aux organisateurs non seulement de contester une mesure infralégislative de restriction de l'exercice de leur liberté de manifestation mais également de maintenir la tenue d'une manifestation lorsque la mesure restrictive est illégale.

En droit espagnol, c'est d'abord, l'article 11 de la *Ley organica 9/1983* qui a explicitement prévu une procédure d'urgence identique au référé-liberté français afin de permettre de contester devant le juge administratif une décision de restriction préventive de manifester⁸⁰¹. De plus, il existe une protection constitutionnelle absente

⁷⁹⁹ Antoine Bourrel, Jean Gourdou, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, Paris-Budapest-Torino, L'Harmattan, coll. « La justice au quotidien », 2003, à la p. 74.

⁸⁰⁰ CE, juge des référés, 5 janvier 2007, ord. n° 300311, précit.

⁸⁰¹ Article 11 de la *ley organica 9/1983*, précit. :

« De no ser aceptada por los organizadores o promotores la prohibicion u otras modificaciones propuestas, podran interponer recurso contencioso- administrativo ante la Audiencia competente, en el plazo de cuarenta y ocho horas, trasladando copia de dicho recurso debidamente registrada a la autoridad gubernativa con el objeto de que aquella remita inmediatamente el expediente a la Audiencia ».

Cette procédure d'urgence est confirmée par l'article 122 de la *Ley 29/1998* du 13 juillet 1998, *reguladora de la Jurisdiccion Contencioso-administrativa* :

« 1. En el caso de prohibicion o de propuesta de modificacion de reuniones previstas en la Ley Organica Reguladora del derecho de reunion aue no sean aceptadas por los promotores, estos podran interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal competente. El recurso se interpondra dentro de las cuarentas y ocho horas siguientes a la notificacion

du système juridique français étant donné qu'il est possible pour les organisateurs d'une manifestation en Espagne, en dernier ressort, de former un recours d'*amparo* constitutionnel réservé au droit de réunion et de manifestation contre des mesures de restriction. Par ailleurs, en droit espagnol, le contrôle juridictionnel des mesures infralégislatives restreignant la liberté de manifestation est renforcé puisqu'il s'agit d'un contrôle maximum des mesures de modification que l'on ne retrouve pas dans le contentieux français relatif à la liberté de manifestation.

En effet, le juge administratif français ne réalise pas de contrôle de proportionnalité des mesures de modification concernant le choix du lieu ou de l'itinéraire d'une manifestation. Ainsi, dans le cadre d'un recours en référé-liberté formé à l'encontre d'une décision de modification de manifestation, le juge des référés ne prend pas en compte, par exemple, le caractère symbolique du lieu du rendez-vous ou de l'itinéraire prévu⁸⁰². Il semble même que loin des motifs d'ordre public, « le caractère hautement touristique » d'un endroit puisse justifier une mesure de modification d'un itinéraire. Ainsi, le juge des référés du Conseil d'État a pu considérer que :

« Le préfet de police en proposant des itinéraires alternatifs, tous refusés par l'association requérante, et en n'interdisant pas la manifestation en cause, n'a porté aucune atteinte grave et manifestement illégale, à la liberté d'aller et venir et au droit d'expression collective »⁸⁰³.

Ce raisonnement contraste grandement avec le contrôle maximum réalisé par le juge espagnol pour apprécier la conformité d'une mesure de modification des modalités d'une manifestation envisagées par les organisateurs.

Loin de garantir à toutes les manifestations la possibilité de se dérouler dans les conditions prévues par les organisateurs, le juge espagnol contrôle tout de même les mesures de modification de l'administration au même titre qu'une mesure

de la prohibición o modificación, trasladándose por los promotores copia debidamente registrada del escrito des recurso a la autoridad gubernativa, con el objeto de que esta remita inmediatamente el expediente ».

⁸⁰² Cela a été le cas s'agissant de la manifestation organisée par la « Manif pour tous » en protestation contre la loi légalisant le mariage des personnes de même sexe qui, dans le cadre d'une manifestation nationale, s'est vue refuser l'accès à l'avenue des Champs-Élysées et de la place de la Concorde à Paris. TA Paris, 20 mars 2013, ord. n° 130383/9.

⁸⁰³ TA Paris, *ibid.*

d'interdiction. À cet égard, le Tribunal constitutionnel a rappelé, dans une décision de principe datant de 1995, que l'administration ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire s'agissant de proposer des alternatives aux modalités prévues initialement par les organisateurs. Le choix du moment et du lieu d'une manifestation, qui n'est jamais le fruit du hasard, vise à assurer la publicité nécessaire au message que celle-ci tend à transmettre. Une mesure de modification des modalités d'organisation est donc susceptible de dénaturer ou de nier l'essence même de la liberté de manifestation. C'est pourquoi, à l'instar des mesures d'interdiction de manifester, les mesures de modification de la date, du lieu, de la durée ou de l'itinéraire d'une manifestation doivent être strictement limitées aux situations de risques de troubles à l'ordre public mettant en danger des personnes ou des biens⁸⁰⁴. Autrement dit, à l'instar des mesures d'interdiction, les mesures de modification devront passer un test de proportionnalité pour être considérées comme valides au sein du système constitutionnel espagnol.

Conclusion Titre 2

Malgré une large application des garanties de la liberté d'expression, les modalités d'exercice de la manifestation, sans lesquelles elle serait vidée de son contenu, ne semblent pas bénéficier de garanties maximales. C'est le cas de l'usage de l'espace public qui occupe pourtant une place centrale dans l'exercice de la liberté de manifestation et qui, à ce titre, doit pouvoir bénéficier de réelles garanties supra-législatives sans lesquelles il serait difficile de parler d'un véritable droit de manifester.

D'un autre côté, les modalités d'exercice de la liberté de manifestation, comme l'usage de l'espace public, peuvent bénéficier des garanties de la liberté de réunion pacifique. Tout comme la liberté d'expression inclut le droit de choisir l'opinion à exprimer, la liberté de réunion pacifique implique également non seulement le droit de

⁸⁰⁴ Article 10 de *ley organica 9/1983*, précit.

choisir le motif de celle-ci mais également le lieu et le moment de sa tenue ou encore sa durée. Si l'on considère la manifestation en tant que « *groupement momentané de personnes, formé en vue d'entendre l'exposé d'idées ou d'opinions ou de se concerter pour la défense d'idées ou d'intérêt* »⁸⁰⁵ et donc comme une forme de réunion pacifique, le contenu de la liberté de réunion pacifique est capable d'assurer une protection supra-législative plus adaptée ou en complément de celle de la liberté d'expression.

Seul le droit espagnol semble avoir exploité une application des garanties de la liberté de réunion pacifique à la manifestation. En droit canadien, comme en droit français, l'exercice de la liberté de manifestation semble dépendre entièrement des garanties de la liberté d'expression au risque d'amoindrir le degré de protection supra-législative en amputant la liberté de manifestation de la protection de ses modalités d'exercice.

Conclusion Première partie

Le droit d'organiser une manifestation est soumis à un régime préventif qui porte tous les stigmates d'un régime pur et simple d'autorisation. Bien qu'en matière de liberté d'expression, un tel régime d'autorisation, aux mains des autorités administratives, puisse paraître dangereux pour le pluralisme des idées et des opinions qui caractérise le modèle de société démocratique, la considération des risques de troubles à l'ordre public inhérents aux grandes concentrations de personnes à un même endroit - comme c'est le cas pour les manifestations - semble l'emporter et justifier l'existence d'un pouvoir de restriction préventive de l'exercice de la liberté de manifestation.

Dans le cadre de la première partie de notre étude, nous avons pu mettre en exergue que le modèle juridique espagnol illustre l'importance d'encadrer

⁸⁰⁵ Définition de la *réunion* proposée par le Conseil d'État français et reprise par la doctrine espagnole.

constitutionnellement le pouvoir de restriction préventive et les exigences d'ordre public qui le justifient afin de faire obstacle aux tentations législatives de soumettre l'exercice de la liberté de manifestation à une trop grande discrétion des autorités administratives. Dans pareil cas, face à la volonté gouvernementale de censurer préventivement une intention de manifester, il dépendra du pouvoir discrétionnaire du juge, à travers son choix du degré du contrôle des restrictions, d'assurer une plus ou moins grande garantie des éléments constitutifs de l'exercice de la liberté de manifestation. Force est de constater à cet égard que plus les autorités administratives bénéficieront d'un pouvoir discrétionnaire important, plus il sera difficile de procéder à un contrôle juridictionnel des décisions de restreindre préventivement une intention de manifester sans basculer dans un contrôle d'opportunité politique d'offrir ou non une protection à une manifestation et aux idées qu'elle tente de transmettre. L'exercice de la liberté de manifestation s'éloigne alors de ce que devrait être un droit fondamental s'imposant aux autorités pour se rapprocher d'une simple action collective dont le sort juridique reste soumis à la volonté politique du Gouvernement et des juges.

SECONDE PARTIE

LA LIBRE PARTICIPATION À UNE MANIFESTATION

Dès lors qu'elles répondent à deux régimes juridiques différents, juridiquement, la participation à une manifestation se distingue de l'organisation de celle-ci. En droit français et espagnol, à la différence de l'organisation, la participation à une manifestation demeure libre d'obligation de déclaration préalable. De cette façon, la libre participation demeure à l'abri des risques de censure préalable qui pèsent sur les

manifestations au moment de leur organisation. La liberté d'organiser une manifestation serait ainsi le parent pauvre de la liberté de manifester. *A contrario*, il existerait une liberté entière pour les individus de participer à une manifestation. Les participants à une manifestation bénéficieraient ainsi d'une plus grande protection juridique que les organisateurs.

La participation à une manifestation est incontestablement une forme d'exercice de la liberté d'expression en ce qu'elle exprime l'adhésion à une opinion collective du point de vue de l'individu. Du point de vue de la collectivité, participer à une manifestation, revient à participer à la formation d'une opinion collective. Il est tout aussi incontestable que la participation à une manifestation est également une forme d'exercice de la liberté de réunion pacifique. Celle-ci, à l'instar de la liberté d'expression, figure parmi les droits et libertés intrinsèques au modèle de société démocratique.

Bien que ces dernières années, on ait vu l'émergence d'un nouveau genre de réunion virtuelle à travers les manifestations en ligne⁸⁰⁶, la manifestation au cœur de cette étude, implique la présence physique de plusieurs personnes convergeant dans un même endroit et « utilisant la voie publique pour exprimer une volonté collective ».

Dans cette configuration « classique » de la liberté de réunion pacifique, pour que les titulaires du droit à la liberté de réunion puissent l'exercer, ces derniers doivent jouir d'un droit d'accès au lieu de la réunion, mais également d'un droit de retrait - pendant négatif et essentiel du droit de réunion -, pour que les participants demeurent libres de quitter la réunion quand ils le souhaitent. Autrement dit, la libre participation

⁸⁰⁶ Pendant le confinement de 2020 dans le contexte pandémie internationale les manifestations virtuelles se sont multipliées notamment pour protester contre le confinement. Celles-ci consistent à poster le plus possible de tweets avec un mot-dièse exprimant une opinion, en un minimum de temps. Cette mobilisation virtuelle permet de réaliser une démonstration de force, d'afficher qu'une opinion rassemble un certain nombre de personnes.

Voir par exemple celle organisée par le parti politique de la France insoumise pour protester contre la gestion de la crise sanitaire de la part du gouvernement français. <https://lafranceinsoumise.fr/2020/03/31/samedi-14h-manif-en-ligne-plusjamaisca/> [en ligne le 30/08/2020]

à une manifestation implique la liberté de circulation des manifestants. Les réunions de personnes sous forme de manifestation impliquent davantage la liberté de circuler dès lors que ces rassemblements peuvent être mobiles ou immobiles⁸⁰⁷.

Les libertés d'expression, de réunion pacifique et de circulation ont toutes les trois valeurs supra-législative au sein des systèmes constitutionnels étudiés, si bien que l'on peut penser que la participation à une manifestation bénéficie d'un triple fondement de garanties supra-législatives. Bien que la participation à une manifestation puisse disposer des garanties de la liberté d'expression, de réunion pacifique et de la liberté de circulation, l'application de celles-ci se révèle néanmoins très limitée (Titre 3).

Fort de la confusion périlleuse entre attroupement délictuel et manifestation, la faiblesse des garanties du droit à la libre participation à une manifestation se vérifie d'autant plus qu'en période de grandes contestations sociales impliquant de nombreuses manifestations, on observe un abandon de l'application des garanties à la liberté de circulation des manifestants comme des non-manifestants au profit de la sauvegarde de l'ordre public (Titre 4).

⁸⁰⁷ Gilles Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, Sirey Dalloz, 2009, p.524

TITRE 3

LES GARANTIES DU DROIT DE PARTICIPATION PACIFIQUE À UNE MANIFESTATION

La participation à une manifestation est une forme d'exercice de la liberté d'expression dès lors qu'en prenant part à une manifestation, on participe individuellement à la constitution d'une opinion collective. La participation à une manifestation se distingue de l'organisation de celle-ci en ce qu'elle n'est soumise à aucune forme d'autorisation préalable susceptible d'apparaître comme un mode de censure préalable à la liberté d'expression. Par ailleurs, la participation à une manifestation se révèle être une forme d'exercice d'une autre liberté fondamentale reconnue dans le modèle de société démocratique ; celle de la réunion pacifique. La liberté de réunion pacifique a pour objet la protection d'une activité collective étant donné que l'on ne peut pas se réunir avec soi-même. Ainsi, la liberté de réunion pacifique est, au même titre que la liberté d'expression, un droit individuel mais de dimension collective puisqu'à l'inverse de la liberté d'expression, elle ne peut être exercée que collectivement. La liberté de réunion pacifique, à travers cette dimension collective, permet un dialogue entre participants mais également à l'égard d'un public. La manifestation apparaît en ce sens comme une forme d'expression, se matérialisant en réunion, ayant un impact communicatif assurément plus important que l'expression individuelle d'une opinion. La manifestation, en tant que forme d'exercice de la liberté d'expression et de réunion pacifique, bénéficierait par conséquent d'une double garantie au sein des systèmes constitutionnels consacrant ces deux libertés. Néanmoins, en dépit de cette double garantie, le droit à la libre participation à une manifestation

apparaît limité (Chapitre 5).

En effet, il appert que ce ne sont pas toutes les manifestations, ni même tous les manifestants, qui peuvent bénéficier des garanties offertes par la consécration constitutionnelle des libertés d'expression et de réunion pacifique. Lorsque le caractère pacifique d'une manifestation ou d'une participation à celle-ci disparaît, les garanties sont écartées. Cette exclusion trouve une justification dans le principe de sauvegarde de l'ordre public auquel est soumis l'exercice de toutes les libertés et particulièrement celle de manifester son opinion dans l'espace public. La sauvegarde de l'ordre public fonde effectivement une large compétence législative comme infra-législative pour sanctionner des rassemblements ou des comportements ayant lieu dans un contexte de manifestations susceptibles de troubler l'ordre public. Or, cette compétence trouve très peu de limites de sorte à empiéter sur le droit à la libre participation à une manifestation. Dès lors, la liberté de participer pacifiquement à une manifestation se réduit comme « peau de chagrin » (Chapitre 6).

CHAPITRE 5

L'ÉTENDUE DU DROIT À LA LIBRE PARTICIPATION À UNE MANIFESTATION

L'étendue du droit à la libre participation à une manifestation s'observe non seulement à l'aune de sa reconnaissance au sein d'un système juridique mais surtout de l'étendue des pouvoirs de limitation de celui-ci. Ainsi, si le droit de participer librement à une manifestation découle naturellement des libertés d'expression et de réunion pacifique, de sorte qu'il puisse bénéficier de garanties supra-législatives, une telle reconnaissance dérivée n'informe qu'à moitié sur sa véritable étendue ; autrement dit sur sa portée normative au sein d'un système juridique donné (Sous-chapitre 1).

En revanche, l'étude de la délimitation du pouvoir de restreindre la libre participation à une manifestation en dépit de ces garanties supra-législatives donne davantage de précisions quant à la véritable portée de ce droit au sein d'un système juridique. Ainsi, même si la liberté de manifestation ne bénéficie d'aucune consécration constitutionnelle explicite, les limites apportées à la libre participation semblent malgré tout être soumises aux exigences formelles et matérielles propres aux garanties des droits et libertés constitutionnellement reconnus (Sous-chapitre 2).

Sous-chapitre 1. La reconnaissance du droit à la libre participation à une manifestation

La participation à une manifestation se retrouve au cœur du contenu du droit de manifester. En effet, c'est en participant à une manifestation que l'on exprime de manière individuelle l'opinion collective transmise par le rassemblement. Le droit de manifester son opinion dans l'espace public ne trouve aucune consécration supra-

législative explicite dans aucun des systèmes constitutionnels étudiés, néanmoins la reconnaissance d'un droit de participer librement à une manifestation bénéficie d'une reconnaissance indirecte à travers la consécration des libertés d'expression et de réunion pacifique. Ainsi, participer à une manifestation revient à exercer à la fois son droit fondamental d'expression et celui de réunion pacifique. En effet, les garanties associées à ces deux libertés fondamentales trouvent application lorsque la participation à une manifestation se trouve limitée (Section 1). Malgré la reconnaissance de l'application des garanties des libertés d'expression et de réunion pacifique en cas de restriction de la libre participation à une manifestation, celle-ci tend cependant à s'affaiblir à mesure que les catégories des manifestations pacifiques protégées et des participants concernés par cette protection rétrécissent (Section 2).

Section 1. Le contenu du droit de participer à une manifestation

La participation à une manifestation se retrouve au cœur du contenu du droit de manifester. En effet, c'est en participant à une manifestation que l'on exprime de manière individuelle l'opinion collective transmise par le rassemblement. Le droit de manifester son opinion dans l'espace public ne trouve aucune consécration supra-législative explicite dans aucun des systèmes constitutionnels étudiés, néanmoins la reconnaissance d'un droit de participer librement à une manifestation bénéficie d'une reconnaissance indirecte à travers la consécration des libertés d'expression et de réunion pacifique. Ainsi, participer à une manifestation revient à exercer à la fois son droit fondamental d'expression et celui de réunion pacifique. En effet, les garanties associées à ces deux libertés fondamentales trouvent application lorsque la participation à une manifestation se trouve limitée (Section 1). Malgré la reconnaissance de l'application des garanties des libertés d'expression et de réunion pacifique en cas de restriction de la libre participation à une manifestation, celle-ci tend cependant à s'affaiblir à mesure que les catégories des manifestations pacifiques protégées et des participants concernés par cette protection rétrécissent (Section 2).

A. La participation à une manifestation : une forme d'exercice des libertés de réunion pacifique et d'expression

1. La participation à une manifestation : une forme d'exercice de la liberté d'expression

C'est à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité d'une loi encadrant explicitement la participation à une manifestation⁸⁰⁸ que le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de la liberté de manifester en tant qu'« expression collective des idées et des opinions »⁸⁰⁹. Au sein du système constitutionnel français, cette liberté d'expression collective des idées et des opinions trouve un fondement dans la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* qui garantit la libre communication des pensées et des opinions dans son article 11. C'est ainsi sans difficulté que l'on peut admettre que participer à une manifestation est un exercice collectif de libre communication de pensées et d'opinions. La reconnaissance de la participation à une manifestation en tant que forme d'exercice de la liberté d'expression avait déjà été établie par le Conseil d'État en 1956, dans son arrêt *Association des combattants de la paix et de la liberté et autres*⁸¹⁰. En l'espèce, le juge administratif a devancé le juge constitutionnel en faisant référence au « droit de tout citoyen (...) d'exprimer son opinion » dans un contexte de manifestation. De même, le Tribunal constitutionnel espagnol n'hésite pas à reconnaître que la participation à une manifestation est un exercice de la liberté d'expression⁸¹¹. Pourtant, en droit constitutionnel espagnol, pour reconnaître le droit de participer à une manifestation, il n'est pas besoin de passer par

⁸⁰⁸ Cons. const., n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, au considérant 14 :

« Considérant que l'article 16 de la loi déferée insère un article 2 bis dans le décret du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public que le premier alinéa de l'article 2 bis permet au représentant de l'État dans le département et à Paris, au préfet de police, à compter du jour de déclaration d'une manifestation sur la voie publique ou si la manifestation n'a pas été déclarée (...) d'interdire le port et le transport sans motif légitime d'objets pouvant être utilisés comme projectile ou constituer une arme (...) ».

⁸⁰⁹ *Ibid.*, au considérant 16.

⁸¹⁰ CE, 11 juillet 1956, *Association des combattants de la paix et de la liberté et autres*, Rec. à la p. 391.

⁸¹¹ Voir : STC, 292/2000, 30 novembre 2000, FJ 11 ; STC, 85/1988, 28 avril 1988.

une interprétation élargie de la liberté d'expression dès lors que le constituant de 1978, on l'a noté, a expressément consacré un droit de manifestation sur la voie publique.

La Cour suprême canadienne, quant à elle, privilégie une interprétation large et libérale des termes généraux employés à l'*alinéa 2b*) de la *Charte* par le constituant canadien pour consacrer la liberté d'expression. Ainsi, pour les juges canadiens, le champ de garantie de la liberté d'expression s'étend à toute « activité qui transmet ou tente de transmettre une signification »⁸¹². Or, si la Cour suprême admet que la liberté d'expression porte sur tous les comportements susceptibles de transmettre un message⁸¹³, il ne fait aucun doute que la participation à une manifestation relève du large champ de l'*alinéa 2 b*). La volonté des manifestants de transmettre un message fait ainsi de la participation à une manifestation une activité expressive constitutionnellement garantie.

En revanche, pour les juges de la Cour de Strasbourg, la volonté de transmettre un message ne constitue pas un critère suffisant pour appliquer les garanties de la liberté d'expression⁸¹⁴. L'approche de la Cour européenne des droits de l'Homme quant à l'étendue de la liberté d'expression se distingue donc de celle adoptée par les juges canadiens. En effet, bien qu'elle ait reconnu qu'un comportement puisse relever de la liberté d'expression dès lors qu'il transmet une idée ou une opinion, l'identification de la volonté de transmettre une opinion ne suffit pas pour les juges européens pour décider qu'un comportement bénéficie de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression. Toutefois, au fil d'affaires mettant en cause des manifestants, la Cour européenne a, de nombreuses fois, confirmé que la liberté de participer à une

⁸¹² *Irwin Toy Ltd, c. Québec (P.G.)* [1989] 1 R.C.S., à la p. 969 :

« si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie ».

⁸¹³ *Ibid.*, à la p. 974.

⁸¹⁴ Ainsi, bien que les juges européens reconnaissent le caractère expressif de la perturbation d'une compétition de pêche (*Nicol and Selvanayagam v. United Kingdom*, 12 décembre 2002, CEDH, 3579/00), d'une grève de la faim (*Atilla c. Turquie*, 11 mai 2010, CEDH, 18139/07) ou encore d'un barrage de bateaux de pêche (*Drieman et autres c. Norvège*, 4 mai 2000, CEDH, 33678/96) cela ne semble pas les empêcher d'écarter, malgré tout, la recevabilité de la requête en vertu de l'article 17 de la *Convention européenne*.

manifestation relevait des garanties de la *Convention européenne des droits de l'Homme*. À partir de l'arrêt *Ezelin* de 1991, la Cour de Strasbourg a effectivement privilégié une application des garanties de la liberté de réunion de l'article 11 de la *Convention européenne* en tant que véritable *lex specialis* en matière de manifestation ; sans pour autant exclure le lien qui unit la manifestation et la liberté d'expression⁸¹⁵. En l'espèce, après avoir participé à une manifestation indépendantiste destinée à protester contre des décisions judiciaires condamnant trois militants indépendantistes, un avocat avait été sanctionné par une condamnation disciplinaire pour ne pas avoir quitté le cortège afin de se désolidariser des propos injurieux et outrageants à l'encontre de la justice, exprimés par certains manifestants. La Commission européenne des droits de l'Homme a alors conclu à la violation des garanties de la liberté de réunion pacifique et de la liberté d'expression de la part de la France du fait de l'ingérence dans l'exercice de la liberté de participer à une manifestation de maître Ezelin. En effet, celui-ci avait été sanctionné du seul fait de sa participation à une manifestation sans que celle-ci n'ait été accompagnée d'aucun acte répréhensible. Ce raisonnement se rapproche de celui adopté par la Cour suprême canadienne dans l'arrêt *Pepsi Cola* à l'occasion duquel les juges ont écarté et invalidé la théorie de l'illégalité intrinsèque de manifestations d'employés en dehors des lieux de travail qui avait été appliquée dans plusieurs jurisprudences précédentes.

De cette façon, à l'instar de la Cour européenne dans l'arrêt *Ezelin*, la Cour suprême canadienne a décidé que la simple participation à une manifestation, sans conduite délictuelle, ne peut sortir du champ de garantie de la liberté d'expression.

2. Les manifestations « pacifiques et sans arme »

⁸¹⁵ *Ezelin c. France*, 26 avril 1991, CEDH, 11800/85, série A, à la p.15, au para. 35 :

« Dans les circonstances de la cause, ce texte s'analyse ne une *lex generalis* par rapport à l'article 11, *lex specialis*, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le rendre en considération séparément ».

Et à la p. 19 :

« PAR CES MOTIFS, LA COUR : 1. Dit, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas de procéder à un examen séparé de l'affaire sous l'angle de l'article 10 (art. 10) ».

L'unique limite du champ d'application de la liberté de manifestation, en droit international comme en droit national, réside dans le caractère « pacifique et sans arme » de celle-ci. Cette expression est tirée de la première constitutionnalisation, en 1791, de la liberté de réunion en France qui garantissait « aux citoyens la liberté de s'assembler paisiblement et sans arme »⁸¹⁶. L'article 21 de la *Constitution espagnole* a repris cette expression puisqu'il garantit la liberté de réunion pacifique et sans arme. Ainsi, les réunions et manifestations rassemblant des personnes armées sont exclues du champ de protection de la garantie de la liberté de réunion pacifique.

Par ailleurs, l'article 513-2 du *Code pénal espagnol* condamne les manifestations illicites « dans lesquelles les participants portent des armes, explosifs ou tout objets contondants ou autrement dangereux ». En outre, même si l'article 11 de la *Convention européenne* ainsi que l'*alinéa 2 c)* de la *Charte canadienne* ne le précisent pas aussi clairement que l'article 21 de la *Constitution espagnole*, la simple consécration de la liberté de réunion pacifique suffit à exclure les manifestations armées du champ de garantie. D'autre part, l'article 431-10 du *Code pénal français* punit le fait de participer à une manifestation ou à une réunion publique en étant porteur d'une arme. De manière similaire, en droit canadien, l'article 89 (1) du *Code criminel* prévoit que quiconque commet une infraction dès lors qu'il porte une arme, un dispositif prohibé, des munitions ou des munitions prohibées alors qu'il assiste ou se rend à une assemblée publique.

La nature « pacifique » d'une réunion est donc le premier critère de distinction entre les manifestations qui sont protégées et celles qui ne le sont pas. En effet, ce caractère se retrouve au cœur de la définition de la liberté de réunion retenue par les trois systèmes constitutionnels étudiés⁸¹⁷. Une réunion est considérée comme

⁸¹⁶ Claude-Albert Colliard, Roseline Letteron, Jean-Claude Colliard, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 2005, à la p. 494.

⁸¹⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, article 2, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.U), 1982, c. 11, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5, article 11 :

« pacifique » lorsqu'elle ne menace pas la paix publique. La consécration explicite du caractère pacifique de la réunion écarte donc toute possibilité de protection constitutionnelle des réunions violentes alors même que certaines d'entre elles peuvent aussi porter un message. L'exclusion explicite des réunions violentes du champ de garantie de la liberté de réunion se distingue ainsi de la logique au fondement de l'extension des garanties de la liberté d'expression aux expressions violentes que l'on peut observer au sein de la jurisprudence canadienne. En effet, en l'absence de précision, on l'a vu, les juges canadiens ont interprété très largement la liberté d'expression en incluant dans le champ de protection de l'*alinéa 2 b)* toutes les expressions, mêmes celles aux contenus les plus violents. Tant la doctrine que les juges canadiens admettent donc que les expressions aux contenus violents visées par des dispositions du *Code criminel* ne justifient pas qu'elles ne soient pas protégées en vertu de l'*alinéa 2 b)* de la *Charte canadienne*⁸¹⁸. Une telle interprétation est impossible en matière de réunion dès lors que le constituant canadien de 1982, à l'instar du constituant espagnol de 1978 et de la *Convention européenne* de 1950, ne consacre que les réunions pacifiques. Ainsi malgré l'extension de la protection de la *Charte* au contenu expressif, la forme non-pacifique de la manifestation l'exclura toujours du champ de protection de la *Charte canadienne*. Dès lors, si la « critique anti-capitaliste » des *black blocks* peut bénéficier de la protection de l'*alinéa 2 b)*, leurs méthodes de destruction (de guichets bancaires, de voitures, de vitrines de grands magasins...) et de pillage font perdre à ces rassemblements de personnes leur caractère pacifique et, par conséquent, les excluent du champ de la protection constitutionnelle.

En revanche, la Cour européenne a récemment reconnu que les *flashmobs* pouvaient bénéficier de la protection de l'article 11 de la *Convention européenne* en

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ».

Article 21 de la *Constitution espagnole*, version française [en ligne] : <http://www.tribunalconstitucional.es/en/constitucion/Pages/ConstitucionFrances.aspx>:

« On reconnaît le droit de se réunir pacifiquement et sans arme. L'exercice de cette liberté n'est pas soumis à l'autorisation préalable ».

⁸¹⁸ Peter Hogg, *Constitutional Law*, Thomson Carswell, Student edition, 2007, à la p. 950.

considérant que ces rassemblements éphémères de personnes dans un lieu public pour y effectuer des actions spécifiques avant de se disperser rapidement pouvaient être considérés comme des « réunions pacifiques »⁸¹⁹. Le fait que ce type de rassemblement n'ait pas été préalablement déclaré ne peut l'exclure du champ de protection des réunions pacifiques. C'est le cas, par exemple, d'un rassemblement de sept personnes se tenant debout en silence en brandissant une feuille de papier blanc avec du ruban adhésif sur la bouche pour dénoncer l'action du Gouvernement russe qui a été considéré comme constituant une réunion pacifique en vue d'exprimer une idée ou une opinion. La pratique de la *flashmob* s'inscrit ici parmi les nouveaux phénomènes de rassemblement de personnes qui englobent les nouvelles formes de mobilisation et d'occupation de l'espace public qui peuvent aller des « apéro géants » aux occupations de places publiques comme ce fut le cas lors des mouvements des « Indignés » espagnols ou encore des « Nuitdebutistes » français.

Ces nouvelles formes de rassemblement se définissent par deux critères cumulatifs : d'une part, un refus de respecter les procédures de déclaration préalable ; d'autre part, une organisation évolutive sans organisateur véritablement identifié dès lors qu'elle se réalise principalement à travers les réseaux sociaux. Le caractère non déclaré, voire préalablement interdit, de ces nouvelles formes de rassemblement ne saurait toutefois leur faire perdre leur caractère pacifique ; elles ne sont donc pas exclues du champ de protection de la liberté de réunion pacifique.

Par ailleurs, il semble que l'une des garanties de la liberté de réunion dans un État de droit réside dans le fait que son caractère pacifique ne dépend pas de la décision d'une autorité administrative mais est déterminé par l'attitude des participants. Ainsi, en vertu des garanties de la liberté de réunion, le comportement pacifique d'un manifestant lui assure, en principe, une protection juridictionnelle. Ce principe est mis à mal lorsque l'on cherche à attribuer un caractère pacifique à un rassemblement et non

⁸¹⁹ *Obot v. Russia*, 19 novembre 2019, CEDH, 58954/09.

aux comportements individuels des manifestants ; une approche qui entraîne un risque élevé d'établir une responsabilité du fait d'autrui⁸²⁰.

Ainsi, pour qu'un rassemblement soit qualifié d'« armé » au sens de l'article 513.2 du *Code pénal espagnol*, il serait nécessaire qu'un nombre considérable de manifestants soient armés. Bien que l'on suppose qu'« un rassemblement armé » doit être constitué d'« une pluralité de personnes »⁸²¹ avec une arme, les dispositions législatives, tant en droit français qu'en droit espagnol, restent silencieuses quant au nombre de personnes qui doivent être porteuses d'une arme pour qualifier un rassemblement de manifestation « armée ». Cet élément est pourtant décisif dans la mesure où un manifestant peut être condamné au motif de participer à un attroupement considéré comme armé alors même qu'il n'est pas en possession d'une arme. Le comportement non pacifique de certains participants est donc susceptible d'exclure l'application des garanties de la liberté de manifestation à d'autres manifestants malgré leur comportement pacifique. Sur ce point, la Cour européenne a précisé, à l'occasion de l'affaire *Ezelin* précitée, qu'« un individu ne cesse pas de jouir de la liberté de réunion pacifique du seul fait que des violences ou d'autres actes punissables sporadiques se produisent au cours de la réunion, si lui-même conserve des intentions et un comportement pacifique »⁸²². Par conséquent, dans la mesure où un manifestant ne commet pas lui-même d'acte répréhensible durant une manifestation, il demeure un participant ordinaire exerçant sa liberté de réunion de manière pacifique et ce même si ce caractère pacifique est altéré par le comportement d'autres manifestants.

B. La garantie d'une protection juridictionnelle de la liberté de participer pacifiquement à une manifestation

⁸²⁰ La responsabilité du fait d'autrui, qui implique la responsabilité d'une personne n'ayant pas commis l'infraction, est en principe interdite en droit pénal.

⁸²¹ Domingo Perez Cataño, *Regimen juridico del derecho de reunion y manifestacion*, Madrid, Ministerio del interior, 1997, à la p. 111

⁸²² *Ezelin c. France*, précit., au para. 53.

1. Les garanties juridictionnelles de la liberté de participation à une réunion publique

En droit espagnol, le cadre constitutionnel et légal de l'exercice du droit de réunion limite l'intervention potentiellement restrictive de l'administration qui peut aller jusqu'à interdire une manifestation de manière préventive, pour des raisons d'ordre public, à travers l'obligation de déclaration préalable de manifester. En effet, l'article 10 de la *ley organica* 9/1983 sur l'exercice de la liberté de réunion pacifique prévoit la possibilité de former un recours prioritaire et accéléré afin que le pouvoir judiciaire puisse contrôler la légalité d'une interdiction préventive avant la date prévue de la manifestation. Néanmoins, ce recours ne concerne que les atteintes au droit à la liberté d'organiser une manifestation alors que l'article 21 de la *Constitution espagnole* consacre les deux aspects de la liberté de réunion pacifique, à savoir le droit d'organisation et le droit de participation. Par ailleurs, son article 24, qui reconnaît un droit fondamental à la protection juridictionnelle des droits et libertés reconnus, implique que toute violation de la liberté de participer à une manifestation doit pouvoir être contestée devant un tribunal ordinaire et bénéficier d'une protection constitutionnelle en vertu de l'article 53-2 de la *Constitution*. En effet, ce dernier pose le principe selon lequel tout citoyen peut demander la protection de la liberté de participer à une manifestation devant les tribunaux ordinaires à travers la formation d'une action fondée sur les principes de priorité et de rapidité et, éventuellement en dernière instance, par le biais d'un recours individuel d'*amparo* présenté devant le Tribunal constitutionnel. Cette garantie juridictionnelle considérable de la liberté fondamentale de participer à une manifestation prévue par la *Constitution espagnole* contraste avec l'absence de protection constitutionnelle de la liberté de réunion en droit français.

Le système constitutionnel français ne propose effectivement aucun équivalent à la protection constitutionnelle prévue à l'article 53 de la *Constitution espagnole*. Malgré l'établissement d'un recours préjudiciel *a posteriori* depuis la révision constitutionnelle de 2008, la saisine directe du Conseil constitutionnel, par un simple

justiciable, reste impossible. En effet, comme nous l'avons précédemment analysé, le nouvel article 61-2 de la Constitution prévoit la possibilité pour les justiciables de saisir le Conseil constitutionnel d'une question de constitutionnalité concernant une disposition législative portant atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis mais uniquement sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation et seulement à l'occasion d'un procès devant une juridiction. Par ailleurs, la liste des droits et libertés constitutionnellement garantis susceptibles de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité reste indéfinie. Dès lors, à l'instar du référé-liberté en droit administratif, c'est au fil des décisions rendues par le Conseil constitutionnel que l'on découvre progressivement le périmètre des droits et libertés garantis au sens de l'article 61 de la *Constitution*⁸²³. Ainsi, la liberté de participer à une manifestation semble compter parmi les droits et libertés constitutionnellement garantis à travers le principe de libre communication des pensées et des opinions consacrées à l'article 11 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*.

En droit français, la liberté de réunion publique trouve uniquement un fondement législatif dans la *loi du 30 juin 1881*. Toutefois, même si la liberté de réunion pacifique est dépourvue de valeur constitutionnelle, celle-ci jouit d'une autorité supérieure aux lois en vertu de l'article 11 de la *Convention européenne*⁸²⁴, de l'article 21 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁸²⁵, ou encore de l'article 12 de la *Charte des droits fondamentaux* de l'Union européenne. En effet, ratifiés par la France, l'article 55 de la *Constitution française* octroie à ces textes internationaux une valeur supra-législative. De cette façon, même si le juge constitutionnel refuse de contrôler la conformité d'une loi à la liberté de réunion pacifique parce qu'il ne trouve

⁸²³ Christine Maugué, Jacques Henri Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, 3^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2017, aux p. 168 et s.

⁸²⁴ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, précit.

⁸²⁵ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, article 21 R.T. Can. 1976 n° 47, 6 I.L.M. 368 :

« Le droit de réunion pacifique est reconnu. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui ».

aucun ancrage constitutionnel français à cette dernière⁸²⁶, il revient au juge ordinaire (administratif et judiciaire) de contrôler, dans le cadre d'un contrôle de conventionalité, le respect de la liberté de participer à une réunion pacifique consacrée par ces textes internationaux qui s'imposent donc aux lois nationales⁸²⁷.

En outre, la participation à une manifestation n'est en réalité pas totalement dénuée de protection constitutionnelle en droit français. En effet, dès 1995, s'agissant de la constitutionnalité d'une loi prévoyant la peine complémentaire d'interdiction de participer à une manifestation, le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur devait se conformer aux exigences du « droit d'expression collective des idées et des opinions ». Or, cette formule a récemment été reprise dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la *loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*⁸²⁸. C'est ainsi que lorsque le législateur octroie à l'autorité administrative le pouvoir d'interdire à une personne de participer à une manifestation sur la voie publique et sur l'ensemble du territoire national pendant une durée d'un

⁸²⁶ Dans sa décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi sur l'interruption de grossesse*, le Conseil constitutionnel a écarté explicitement la possibilité pour le juge constitutionnel de procéder à un contrôle de conventionalité :

« 3. Considérant que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ».

⁸²⁷ CE, ass pl., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. à la p. 190, conclusions Frydman ; Cour cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, Dalloz 1975 à la p. 497, conclusions Touffait.

⁸²⁸ Cons. const., n° 2019-780 DC, 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, au considérant 9 :

« il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeurs constitutionnelles, et, d'autre part, (...) l'exercice du droit d'expression collective des idées et des opinions ».

mois⁸²⁹, celui-ci est censuré par le Conseil constitutionnel en ce qu'il porte atteinte au droit constitutionnellement garanti d'expression collective des idées et des opinions⁸³⁰.

De la même manière, dans les affaires où il est question de libre participation à une manifestation, les juges canadiens appliquent les garanties découlant de la liberté d'expression. Le juge constitutionnel français n'applique pas en ce cas les garanties constitutionnelles de la liberté de réunion tout simplement parce qu'en droit français, la liberté de réunion ne jouit pas d'une consécration constitutionnelle. En revanche, au Canada, le constituant de 1982 a reconnu explicitement la valeur constitutionnelle de la liberté de réunion pacifique à l'*alinéa 2 c)* de la *Charte*. Ainsi, en écartant les garanties spécifiques de la liberté de réunion pacifique⁸³¹, le juge canadien s'épargne la tâche de distinguer le champ de protection de la liberté d'expression de celui de la liberté de réunion. En effet, même si la protection juridique des rassemblements de personnes utilisant l'espace public pour exprimer une opinion relève incontestablement de la liberté d'expression⁸³², au-delà de son caractère expressif, la réunion publique implique d'autres aspects qui rendent l'application *mutatis mutandis* des garanties de la liberté d'expression aux manifestations, en tant que formes de réunion pacifique, insuffisante. C'est le cas du lien qui unit les personnes rassemblées et de l'occupation momentanée d'un lieu public qui sont deux aspects des réunions de personnes qui

⁸²⁹ C'est ce que prévoyait l'article 3 de la *loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations* qui introduisait l'article L. 211-4-1 du *Code de la sécurité intérieure* prévoyant que :

« Lorsque par ses agissements à l'occasion de manifestations sur la voie publique ayant donné lieu à des atteintes graves à l'intégrité physique des personnes ainsi qu'à des dommages importants aux biens ou par la commission d'un acte violent à l'occasion de l'une de ces manifestations, une personne constitue une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police peut, par arrêté motivé, lui interdire de participer à une manifestation sur la voie publique ayant fait l'objet d'une déclaration ou dont il a connaissance

L'arrêté précise la manifestation concernée ainsi que l'étendue géographique de l'interdiction, qui doit être proportionnée aux circonstances et qui ne peut excéder les lieux de la manifestation et leurs abords immédiats ni inclure le domicile ou le lieu de travail de la personne intéressée.

Lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que la personne mentionnée au même premier alinéa est susceptible de participer à toute autre manifestation concomitante sur le territoire national ou à une succession de manifestation, la portée de l'interdiction peut s'étendre à toute manifestation sur l'ensemble du territoire national pour une durée qui ne peut excéder un mois ».

⁸³⁰ Cons. const., n° 2019-780 DC, précit., au considérant 26.

⁸³¹ Voir, par exemple : *Garbeau c. Montréal (Ville de)* [2015] QCCS 5246, au para. 191.

⁸³² Voir, par exemple : Gabriel Babineau, « La manifestation : une forme d'expression collective » (2012) 53:4 C de D 761.

peuvent bénéficier directement des garanties de *la Charte canadienne des droits et libertés* en vertu de l'*alinéa 2 c*)⁸³³ sans avoir besoin de démontrer le caractère expressif ou non du rassemblement. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour européenne des droits de l'Homme, concernant la liberté de participation à une manifestation, garantit la liberté de réunion pacifique en tant que *lex specialis* sans pour autant écarter l'application des garanties de la liberté d'expression en tant que *lex generalis*⁸³⁴.

2. La garantie de la proportionnalité des limitations à la liberté de participer à une manifestation pacifique

Le système juridique espagnol offre une protection des libertés fondamentales à travers l'article 53 de la *Constitution*. Plus qu'une constitutionnalisation de la réserve de loi et du respect du « contenu essentiel » de chacune des libertés fondamentales, on peut aussi voir dans cette disposition une consécration implicite du principe de proportionnalité. L'article 53-1 rappelle que « les droits et les libertés reconnus au titre I sont contraignants pour tous les pouvoirs publics ». Ainsi, de la même manière que l'action législative est limitée par le respect du « contenu essentiel » des droits individuels reconnus par la *Constitution*, l'administration et les juges sont aussi contraints de les respecter dans le cadre de leur activité. S'agissant de la liberté de manifestation, les limites de son exercice sont constitutionnalisées et doivent répondre aux principes de nécessité et de proportionnalité⁸³⁵. Ainsi, appelé à se prononcer sur une mesure de restriction de l'exercice de la liberté de manifester, le juge ne pourra se limiter à contrôler si celle-ci est motivée, autrement dit si le moyen employé est de nature à répondre à l'objectif visé ; il devra également apprécier la nécessité de la mesure, c'est-à-dire s'il n'existait aucune autre façon d'atteindre l'objectif poursuivi. Enfin, le juge examinera la proportionnalité au sens strict de la mesure en pondérant

⁸³³ *Charte canadienne des droits et libertés*, article 2, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précit.

⁸³⁴ Voir, par exemple : *Ezelin c. France*, précit., au para. 35 ; *Barraco c. France*, 5 mars 2009, CEDH, 31684/05, au para. 26 ; *Schwabe et M.G. c. Allemagne*, 1^{er} décembre 2011, CEDH, 8080/08 et 8577/08, au para. 99.

⁸³⁵ STC, 2006/301, 27 octobre 2006, FJ 3.

les atteintes à l'exercice du droit de manifester au regard de l'importance de l'objectif envisagé ; en d'autres termes, « plus l'atteinte sera grave, plus l'objectif qui la justifie devra être important ». C'est seulement après ces trois étapes du test de proportionnalité que le juge pourra se prononcer sur la constitutionnalité ou non de l'atteinte à la liberté de participation à une manifestation. Outre la jurisprudence qui a largement consacré ce triple test dans le cadre du contrôle de constitutionnalité⁸³⁶, la *ley organica* 4/2014 sur la protection de la sécurité citoyenne est également venue confirmer cette garantie. Cette loi organique, dont une grande partie des dispositions visent à réglementer la participation à une manifestation, encadre les limitations du droit de manifester librement par le principe de proportionnalité en tant que garantie constitutionnelle. Plus précisément, la loi envisage la possibilité d'une limitation des droits et libertés consacrés tels que les libertés d'expression et de réunion pacifique mais une telle restriction doit être fondée sur une triple justification : elle doit être adéquate, nécessaire et proportionnée. Une telle évaluation vise notamment à s'assurer que toute restriction soit justifiée par un intérêt public⁸³⁷. Pourtant, le motif du caractère disproportionné des limitations à la liberté de réunion et de manifestation qu'entraîne les dispositions de la loi organique du 30 mars 2015 figure parmi les moyens soulevés à l'appui du recours en inconstitutionnalité formé à l'encontre de cette dernière⁸³⁸ ; un recours qui demeure encore en attente de jugement⁸³⁹. En effet, l'article 37.3 de la loi organique qualifie d'infraction le non-respect des restrictions de circulation ou des

⁸³⁶ Voir notamment les arrêts de principe : STC, 59/1990, 29 mars 1990 ; STC, 36/1982, 16 juin 1982 ; STC, 37/1998, 17 février 1998.

⁸³⁷ *Ley organica* 4/2015, 30 mars 2015, *de protección de la seguridad ciudadana*, Préambule II :
« (...) Por tanto cualquier incidencia o limitacion en el ejercicio de las libertades ciudadanas por razones de seguridad debe ampararse en el principio de legalidad y en el de proporcionalidad en una triple dimension : un juicio de idoneidad de la limitacion (para la consecucion del objetivo propuesto), un juicio de necesidad de la misma (entendido como inexistencia del objetivo propuesto), un juicio de necesidad de la misma (entendido como inexistencia de otra medida menos intensa para la consecucion del mismo fin) y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto de dicha limitacion (por derivarse de ella un beneficio para el interes publico que justifica un cierto sacrificio del ejercicio del derecho) ».

⁸³⁸ Tribunal constitutionnel, affaire n° 2896-2015. Asunto : recurso de inconstitucionalidad promovido por mas de cincuenta diputados de los grupos parlamentarios Socialista : IU ICV-EUiA, CHA : La Izquierda plural ; Union Progreso y democracia y grupo Mixto del congreso de los diputados sobre arts 19.2, 20.2 , 36.2, 36.23, 37.1 en relacion con el 30.3, 37.3, 37.7 y la disposicion final primera de la *ley organica* 4/2015 de 30 marzo de proteccion de la seguridad ciudadan

⁸³⁹ J. J. Galvez, "Los conflictos que más "duermen" en el constitucional" (10 mars 2019) El País.

modifications d'itinéraire imposées par les autorités administratives dans le cadre de la procédure préalable de déclaration de manifestation lorsque celui-ci provoque des altérations mineures du déroulement normal d'une manifestation. Or, pour les requérants, le fait qu'une simple altération du déroulement normal d'une manifestation soit considérée comme une atteinte pénalement répréhensible de la liberté constitutionnellement garantie de manifester pacifiquement constitue une restriction injustifiée et disproportionnée qui contrevient au principe constitutionnel de proportionnalité des limites posées à l'exercice de la liberté de manifestation.

La Cour suprême canadienne retient également cette approche interprétative dominante de la théorie constitutionnelle actuelle concernant le contrôle de constitutionnalité de lois restreignant des droits constitutionnellement reconnus⁸⁴⁰, en vérifiant, au-delà de l'importance suffisante de l'objectif poursuivi par la restriction, la présence de trois critères cumulatifs : la rationalité, la nécessité et la proportionnalité. Ainsi, une disposition interdisant de manifester à visage couvert⁸⁴¹ ne pourra être constitutionnellement admise que si peuvent être justifiées sa nécessité mais aussi sa proportionnalité. Or, pour la Cour supérieure du Québec, si l'interdiction de manifester le visage couvert décidée par la Ville de Montréal peut être motivée par l'objectif d'éviter que des manifestants commettent des violences sous le couvert de l'anonymat lors de manifestations⁸⁴², elle n'admet pas la nécessité d'une telle disposition. En effet, selon la Cour, la portée d'une telle interdiction « dépasse largement les situations potentiellement dangereuses »⁸⁴³. De cette manière, la disposition du *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur*

⁸⁴⁰ Voir, par exemple : Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", (2007) 57 U. Toronto L.J. 383.

⁸⁴¹ *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public R.R.V.M c. P.6* (« *Règlement P-6* ») article 3.2 :

« Il est interdit à quiconque participe ou est présent à une assemblée, un défilé ou un attroupement sur le domaine public d'avoir le visage couvert sans motif raisonnable, notamment par un foulard, une cagoule ou un masque ».

⁸⁴² *Villeneuve c. Montréal* [2018] QCCA 321 2 mars 2018, au para. 488.

⁸⁴³ *Ibid.*, au para. 489.

*l'utilisation du domaine public de la Ville de Montréal (« Règlement P-6 »)*⁸⁴⁴ n'a pas passé le test de l'atteinte minimale. En effet, une telle interdiction ne s'applique pas seulement aux manifestants entravant la paix publique, mais également à toutes les personnes participant pacifiquement à une manifestation⁸⁴⁵. Dès lors, les juges ont pu considérer que les effets bénéfiques de la disposition en termes de sauvegarde de la paix publique à travers la prévention de gestes de violence commis sous le couvert de l'anonymat ne l'emportaient pas sur les effets préjudiciables de celle-ci à l'égard de la liberté de manifestation pacifique⁸⁴⁶.

On retrouve pareil triple de constitutionnalité des limites apportées à la liberté de participer à une manifestation pacifique en droit français. Depuis que le Conseil constitutionnel a qualifié la liberté de manifester de droit constitutionnellement protégé dans sa décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010⁸⁴⁷, les dispositions restreignant la liberté de manifestation pacifique sont tenues d'être nécessaires et proportionnées afin de se maintenir au sein du système constitutionnel français. Cette position a pu être récemment confirmée dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi du 10 avril 2019 *visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*. Dans cette décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 3 de la loi instituant un pouvoir d'interdiction administrative de manifester contraire à la Constitution au motif que « le législateur a porté au droit d'expression collective des idées et des opinions une atteinte qui n'est pas adaptée, nécessaire et proportionnée »⁸⁴⁸.

⁸⁴⁴ *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public de la Ville de Montréal R.R.V.M. c. P-6 (« Règlement P-6 »).*

⁸⁴⁵ C'est le cas du requérant qui participait à la manifestation en costume « anarcho-panda ».

⁸⁴⁶ *Villeneuve c. Montréal* [2018], précit., au para. 505.

⁸⁴⁷ Cons. const., n° 2010-604 DC, 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, au considérant 4.

⁸⁴⁸ Cons. const., n° 2019-780 DC, précit., au considérant 26.

Section 2. Le rétrécissement des garanties de la participation pacifique à une manifestation

Malgré l'application des garanties juridictionnelles propres aux libertés fondamentales, le droit de participer à une manifestation s'est retrouvé affaibli par le rétrécissement de la catégorie des manifestations pacifiques protégées. En effet, le défaut d'autorisation préalable est susceptible d'exclure une manifestation du champ de protection des réunions pacifiques (A).

Par ailleurs, l'élargissement de la catégorie des organisateurs d'une manifestation contribue également à l'affaiblissement des garanties juridictionnelles de la liberté de participer à une manifestation. En effet, la distinction entre organisateurs et simples participants permettait d'exclure la responsabilité de ces derniers lorsque les manifestations auxquelles ils participaient n'étaient pas préalablement déclarées ou autorisées. Cette différenciation assurait donc une large protection de la liberté de participer à une manifestation pacifique. Puis, la confusion dans certains cas entre organisateurs et participants a eu pour effet d'affaiblir la portée des garanties juridictionnelles de la liberté de manifestation à l'endroit des participants en augmentant, par conséquent, la possibilité de mise en cause de leur responsabilité (B).

A. L'affaiblissement des garanties liées à la distinction entre manifestation autorisée et manifestation pacifique

1. La distinction entre manifestation autorisée et manifestation pacifique

Ces dernières années, de nouveaux phénomènes de rassemblement de personnes ont vu le jour grâce notamment aux nouvelles technologies de communication qui facilitent l'organisation d'événements de grande ampleur en peu de temps. Parmi ces récents phénomènes, on peut mentionner de nouvelles formes de mobilisation et d'occupation de l'espace public telles que des « apéro géants » ou des occupations de places publiques comme ce fut le cas lors des mouvements des « Indignés » en Espagne et des « Nuitdebutistes » en France. Concernant ces

nouvelles formes de mobilisation, la Cour européenne a reconnu, on l'a vu, que les *flashmobs* pouvaient bénéficier de la protection de l'article 11 de la *Convention* dans la mesure où ce type de rassemblement de personnes dans un lieu public pour y effectuer des actions spécifiques avant de se disperser rapidement peut être considéré comme une « réunion pacifique »⁸⁴⁹.

Généralement, on retrouve parmi ces nouvelles formes de rassemblements deux critères cumulatifs. D'une part, on retrouve le refus de respecter les procédures de déclarations préalables, et d'autre part, une organisation évolutive sans organisateur véritablement identifié dès lors que l'organisation est évolutive et passe principalement par les réseaux sociaux. Pourtant, le caractère non déclaré voire préalablement interdit de ces nouvelles formes de rassemblements ne saurait leur faire perdre leur caractère pacifique les excluant du champ de protection de la liberté de réunion pacifique.

Même si le constituant espagnol, d'une part, et le législateur français, d'autre part, consacrent l'obligation pour les organisateurs de déclarer préalablement une manifestation, celle-ci ne perd pas son caractère pacifique par le simple fait de ne pas avoir été préalablement déclarée. De la même manière, une manifestation autorisée est susceptible de sortir du champ de garantie de la liberté de réunion pacifique si elle n'a pas de caractère pacifique ou le perd⁸⁵⁰. L'inverse est tout aussi possible. Une manifestation qui a été interdite peut tout de même avoir lieu et se dérouler de manière pacifique. Autrement dit, il existe une distinction entre le caractère autorisé d'une manifestation et son caractère pacifique ; le premier n'impliquant pas le second et réciproquement. Le caractère pacifique d'une manifestation ne peut donc se confondre avec le fait qu'elle soit préalablement déclarée et autorisée. En vertu de la liberté de réunion consacrée au sein des trois ordres juridiques étudiés, une manifestation,

⁸⁴⁹ *Obot v. Russia*, précit.

⁸⁵⁰ Saulius Katuoka, « Le droit de protester En tant que forme spécifique de l'exercice du droit de réunion », en ligne (2014) ; <https://www.mruni.eu/upload/iblock/608/JUR---14---21---2---07.pdf> ; *Christian Democratic People's Party c. Moldova* (n° 2), 2 février 2010, CEDH, 25196/04, au para. 23.

autorisée ou non, ne peut sortir du champ de garantie de la liberté de réunion pacifique que si et seulement si elle perd son caractère pacifique.

Pour la Cour européenne, lorsqu'une manifestation ne fait pas l'objet d'une déclaration préalable formelle comme le droit interne l'exige, cette absence de respect de la procédure ne peut justifier, à elle seule, une mesure qui porterait atteinte à la liberté de réunion pacifique. De plus, les juges de Strasbourg considèrent que lorsqu'une manifestation non déclarée est tout de même connue des autorités publiques⁸⁵¹, il convient de considérer que celles-ci sont tacitement informées de sorte qu'elles peuvent prendre les mesures nécessaires au maintien de la sécurité et de l'ordre publics⁸⁵². C'est ainsi que dans le cadre du mouvement des « Indignés », le choix a été fait de ne pas déclarer préalablement certaines manifestations - notamment celles portant comme mot d'ordre « *Rodea al Congreso* » (« Encerle le Congrès »)⁸⁵³ -. Cette stratégie reposait sur l'idée selon laquelle si les participants demeuraient pacifiques, le non-respect du devoir de communication préalable de la manifestation ne les privait pas de la garantie constitutionnelle de la liberté de réunion pacifique.

C'est avec ce même raisonnement que la Cour d'appel du Québec a invalidé l'obligation de déclaration préalable de l'itinéraire et du lieu de manifestation prévue par l'article 2.1 du *Règlement P-6*. En l'espèce, l'obligation d'indiquer l'itinéraire et le lieu exacts était susceptible de rendre illégal tout rassemblement prévu sur le domaine public à défaut de communication préalable⁸⁵⁴. Autrement dit, en vertu d'une telle réglementation, une manifestation aurait pu être interdite même en l'absence de troubles à l'ordre public, c'est-à-dire même si elle constituait une réunion pacifique constitutionnellement protégée. Il semble que dans cette affaire, les juges québécois ont veillé à la nécessaire distinction entre manifestation préalablement déclarée et

⁸⁵¹ C'est le cas, par exemple, lorsqu'il n'y a pas eu de déclaration préalable mais un appel public à manifestation largement diffusé sur les réseaux sociaux.

⁸⁵² *Barraco c. France*, précit., au para. 45.

⁸⁵³ Ces manifestations, qui avaient pour objet d'encercler le Parlement lorsque celui-ci se réunissait, se sont déroulées à plusieurs reprises tout au long du mouvement des « Indignés » ; notamment les 25 et 29 septembre 2012, le 14 novembre 2012, le 14 décembre 2013 et le 4 octobre 2014.

⁸⁵⁴ *Villeneuve c. Ville de Montréal* [2018], précit., au para. 98.

manifestation qui ne trouble pas l'ordre public et demeure pacifique. L'*alinéa 2 c)* de la *Charte canadienne des droits et libertés* consacrant la liberté de réunion pacifique, l'interdiction d'une manifestation du fait de l'absence de déclaration préalable est susceptible de se heurter aux garanties constitutionnelles posées par cette disposition et, par conséquent, d'être frappée d'inconstitutionnalité.

Pour conclure, le caractère pacifique d'une manifestation ne peut raisonnablement dépendre d'une communication préalable de la part des organisateurs et encore moins d'une décision d'autorisation ou d'interdiction de manifester édictée par une autorité administrative. Il semble effectivement que l'une des garanties de la liberté de réunion pacifique dans un État de droit réside dans le fait que ce caractère pacifique ne dépend pas d'une décision de l'administration mais de l'attitude dénuée de violence des participants. Ainsi, en vertu des garanties de la liberté de réunion, le comportement pacifique d'un manifestant lui assure *a priori* une protection juridictionnelle.

2. L'émergence d'un délit de participation pacifique à une manifestation non autorisée

En principe, le fait de participer à une manifestation non déclarée ne constitue pas un délit. Toutefois, dans tous les systèmes juridiques étudiés, la participation à un attroupement est pénalement sanctionnée, car ce dernier est considéré comme illégal. Sa définition varie cependant selon les pays. Par exemple, en vertu du *Code criminel canadien* :

« Un attroupement illégal est la réunion de trois individus ou plus qui, dans l'intention d'atteindre un but commun, s'assemblent, ou une fois réunis se conduisent, de manière à faire craindre, pour des motifs raisonnables, à des personnes se trouvant dans le voisinage de l'attroupement :

- a) soit qu'ils troublent la paix tumultueusement ;
- b) soit que, par cet attroupement, ils ne provoquent inutilement et sans cause raisonnable d'autres personnes à troubler tumultueusement la paix »⁸⁵⁵.

D'autre part, ce même article 63 prévoit qu' :

⁸⁵⁵ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46., article 63.

« Une assemblée légitime peut devenir un attroupement illégal lorsque les personnes qui la composent se conduisent, pour un but commun, d'une façon qui aurait fait de cette assemblée un attroupement illégal si elles s'étaient réunies de cette manière pour le même but ».

Par ailleurs, à l'instar du droit criminel canadien, l'article 431-3 du *Code pénal français* prévoit que :

« Constitue un attroupement tout rassemblement de personne sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public ».

On peut ainsi remarquer que le droit français, à l'instar du droit espagnol, reste silencieux quant au nombre de personnes nécessaire pour pouvoir qualifier un rassemblement d'attroupement. Dès lors, même un petit nombre d'individus rassemblés peut constituer un attroupement dès lors qu'ils menacent la tranquillité publique.

Dès lors, le fait de participer à une manifestation non déclarée ne constitue pas un délit tant que celle-ci ne devient pas un attroupement qui trouble la paix. Lorsqu'une manifestation devient un attroupement non-pacifique, la force publique pourra enjoindre aux participants de se disperser. En effet, un attroupement n'est, en principe, pas délictueux « s'il n'a pas été légalement invité à se dissoudre »⁸⁵⁶. Cependant, dès lors qu'un ordre de dispersion a été donné, la participation à une manifestation non déclarée est susceptible de devenir un délit pénalement sanctionné si son caractère pacifique disparaît.

Ainsi, en vertu du *Code criminel canadien* :

« 68. Sont coupables d'un acte criminel et passibles de l'emprisonnement à perpétuité ceux qui selon le cas :

[...]

b) ne se dispersent pas et ne s'éloignent pas, paisiblement, d'un lieu où la proclamation mentionnée à l'article 67⁸⁵⁷ est faite, dans un délai de trente minutes après qu'elle a été faite ».

⁸⁵⁶ Jean Duffar, « "La loi anti casseur..." ». Etude très complète sur une loi dangereuse abrogée en 1981 » (1972) 49, RDP, p. 89.

⁸⁵⁷ *Code criminel*, précit., article 67 :

« Un juge de paix, maire ou shérif, l'adjoint légitime d'un maire ou shérif [...] qui reçoit avis que, dans un endroit de son ressort, douze personnes ou plus sont réunies illégalement et d'une façon émeutière, doit se rendre à cet endroit et, après s'en être approché autant qu'il le peut en sécurité, s'il est convaincu qu'une émeute est en cours, ordonner le silence et alors faire ou faire faire, à haute voix, une proclamation dans les termes suivants ou en termes équivalents :

Sa majesté la Reine enjoint et commande à tous ceux qui sont ici réunis de se disperser immédiatement et de retourner paisiblement à leurs demeures ou à leurs occupations légitimes, sous peine d'être coupable d'une infraction pour laquelle, sur déclaration de culpabilité, ils peuvent être condamnés à l'emprisonnement à perpétuité ».

De même, aux termes de l'article 431-3 du *Code pénal* français :

« Un attroupement peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser restées sans effet adressées dans les conditions et selon les modalités prévues par l'article L. 211-9 du Code de la sécurité intérieure »⁸⁵⁸.

En droit espagnol, le « groupement tumultueux » est une forme délictuelle de réunion sur la voie publique qui a pour finalité de s'opposer à l'autorité ou au pouvoir institué. Le Tribunal constitutionnel espagnol, dans sa décision du 29 mars 1990⁸⁵⁹, a ainsi considéré l'obéissance des manifestants comme un élément constitutif du caractère pacifique de la manifestation. Par conséquent, si les forces de l'ordre ordonnent à des manifestants de se dissoudre et que ceux-ci n'obtempèrent pas, la manifestation perd son caractère pacifique et devient un groupement « tumultueux » qui sort du champ de protection constitutionnelle de l'article 21 de la *Constitution*. À l'instar du droit français, qui qualifie d'attroupement toute manifestation de personnes refusant de se dissoudre après deux sommations réglementaires, le Tribunal constitutionnel espagnol a reconnu la désobéissance à un ordre de dispersion comme un élément constitutif d'un groupement tumultueux sanctionné par la loi.

De cette manière, on comprend que le système de sommations, en marquant matériellement le passage de la manifestation légale à l'attroupement illégal, assure une garantie aux manifestants pacifiques. Pourtant, l'une des premières lois françaises

⁸⁵⁸ Article L. 211-9 du *Code de la sécurité intérieure* :

« Un attroupement, au sens de l'article 431-3 du code pénal, peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser demeurées sans effets, adressées, lorsqu'ils sont porteurs des insignes de leur fonction, par :

1 Le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police ;

2. Sauf à Paris, le maire ou l'un de ses adjoints ;

3 Tout officier de police judiciaire responsable de la sécurité publique, ou tout autre officier de police judiciaire
Il est procédé à ces sommations suivant des modalités propres à informer les personnes participant à l'attroupement de l'obligation de se disperser sans délai. Toutefois, les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement peuvent faire directement usage de la force si des violences ou voies de fait sont exercées contre eux ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent.

Les modalités d'application des alinéas précédents sont précisées par un décret en Conseil d'État, qui détermine également les insignes que doivent porter les personnes mentionnées aux 1 à 3 et les conditions d'usage des armes à feu pour le maintien de l'ordre public ».

⁸⁵⁹ STC, 59/1990, 29 mars 1990.

« anti-casseurs », adoptée en 1970⁸⁶⁰ avait supprimé ce mécanisme d'avertissement⁸⁶¹. En effet, l'article 314, alinéa 2 de l'ancien *Code pénal*, institué par la loi de 1970, sanctionnait la participation volontaire à un attroupement délictueux après « le commencement et la connaissance » de celui-ci de 3 mois à 2 ans d'emprisonnement. Or, les participants ne disposaient d'aucune garantie quant au fait de savoir à partir de quel moment la manifestation à laquelle ils participaient était considérée comme un « attroupement délictueux ». La garantie protectrice du système de sommations avait disparu au profit de la vigilance de chacun pour ne pas être accusé d'un « refus de se disperser »⁸⁶². Cette loi liberticide, comme toutes les lois « anti casseurs » qui ont suivi, avait été prise à la suite des agitations de Mai 68 puis a été abrogée en 1981. Elle illustre de manière intéressante la manière dont les garanties de la liberté de participer à une manifestation peuvent céder à l'urgence du moment lorsqu'un gouvernement souhaite enrayer un mouvement social d'ampleur.

En principe, la seule limite valable à la participation à une manifestation réside dans l'existence d'un trouble à l'ordre public mettant en danger les personnes et les biens. Précisément, une manifestation n'est plus pacifique dès lors que « ses participants, ou une partie considérable de ses participants, mettent en danger par leurs actes, les personnes ou les biens »⁸⁶³. Pourtant, il semble qu'au sein du système juridique français, il n'est pas toujours nécessaire qu'une manifestation perde son caractère pacifique pour que la participation à celle-ci devienne délictueuse. En effet, en droit français, les participants à une manifestation interdite par les pouvoirs publics encourent non seulement les sanctions de l'article R. 610-5 du *Code pénal* qui punit la violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police d'une amende prévue pour les contraventions de première classe de

⁸⁶⁰ Loi n° 70-480 du 8 juin 1970 *tendant à réprimer certaines formes nouvelles de délinquance*, abrogée par la loi n° 81-1134 du 23 décembre 1981.

⁸⁶¹ Jean Duffar, « "La loi anti casseur..." ». Etude très complète sur une loi dangereuse abrogée en 1981 », op. cit.

⁸⁶² Marcel René Tercinet, « La liberté de manifestation en France » (1979) RDP 1050.

⁸⁶³ Domingo Perez Cataño, *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, op. cit., à la p. 98.

38 euros, mais également, depuis 2019, une amende spécifique de 135 euros sanctionnant la participation à une manifestation non autorisée⁸⁶⁴. Le Gouvernement a introduit par décret⁸⁶⁵ cette aggravation de la peine encourue en cas de participation à une manifestation interdite en réponse aux manifestations hebdomadaires des « gilets jaunes » sur les Champs-Élysées à Paris durant l'année 2019. Or, en prévoyant une telle infraction, le Gouvernement est susceptible de porter atteinte à la liberté de réunion pacifique étant donné que rien ne peut garantir que les manifestations préalablement interdites par les autorités administratives en vertu de l'article L. 211-4 du *Code de la sécurité intérieure*⁸⁶⁶ ne soit pas pacifiques et donc protégées par la liberté de réunion pacifique au respect de laquelle le législateur français est soumis.

Si l'on admet que le caractère pacifique d'une manifestation ne peut, dans un État de droit, dépendre d'une autorisation des autorités publiques mais bien du comportement pacifique des manifestants, alors une non-déclaration ou une interdiction préventive ne peuvent fonder la qualification délictuelle d'un rassemblement sans risque de porter atteinte à la liberté de réunion pacifique. En effet, l'établissement d'une infraction de participation à une manifestation non-autorisée repose sur le postulat selon lequel c'est l'autorisation des pouvoirs publics qui détermine le caractère pacifique d'une manifestation. Or, cela n'est fondamentalement pas le cas.

⁸⁶⁴ Article R. 644 -4 du *Code pénal* :

« Le fait de participer à une manifestation sur la voie publique interdite sur le fondement des dispositions de l'article L. 211-4 du Code de la sécurité intérieure est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe ».

⁸⁶⁵ Décret n° 2019-208 du 20 mars 2019 *instituant une contravention pour participation à une manifestation interdite sur la voie publique*, article 1^{er}.

⁸⁶⁶ Article L. 211-4 du *Code de la sécurité intérieure* :

« Si l'autorité investie des pouvoirs de police estime que la manifestation projetée est de nature à troubler l'ordre public, elle l'interdit par un arrêté qu'elle notifie immédiatement aux signataires de la déclaration au domicile élu.

Le maire transmet, dans les vingt-quatre heures, la déclaration au représentant de l'État dans le département. Il y joint, le cas échéant, une copie de son arrêté d'interdiction.

Si le maire, compétent pour prendre un arrêté d'interdiction, s'est abstenu de le faire, le représentant de l'État dans le département peut y pourvoir dans les conditions prévues à l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales ».

B. L'affaiblissement de la garantie de la distinction entre participants et organisateurs d'une manifestation

1. Le principe de la différenciation des régimes de responsabilité entre organisateurs et participants

En vertu de l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*, le seul droit de manifester constitutionnellement garanti est celui qui non seulement ne trouble pas l'ordre public mettant en danger les personnes et les biens mais qui également est préalablement déclaré en bonne et due forme. Toutefois, seuls les organisateurs d'une manifestation sont soumis à cette obligation de déclaration préalable, non les participants. Autrement dit, seuls les premiers peuvent être poursuivis en cas de manifestation non ou mal déclarée. L'article 514-5 du *Code pénal espagnol* punit les organisateurs d'une manifestation préalablement interdite par les autorités administratives⁸⁶⁷. De la même manière, l'article 431-9 du *Code pénal français* sanctionne de six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende le fait d'avoir organisé une manifestation qui avait pourtant fait l'objet d'un arrêté d'interdiction. En effet, il revient aux organisateurs de prendre les mesures nécessaires pour informer les participants de l'interdiction de manifester et empêcher la tenue de la manifestation prohibée. Par ailleurs, il est intéressant de noter que cet article sanctionne de la même manière les organisateurs d'une manifestation « n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration préalable dans les conditions fixées par la loi » et ceux d'une manifestation qui a fait l'objet d'« une déclaration incomplète ou inexacte de nature à tromper sur l'objet et les conditions de la manifestation projetée ».

De plus, même s'ils ne sont pas les promoteurs du caractère délictueux d'un rassemblement, les organisateurs sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée s'ils n'ont pas su empêcher, par tous les moyens dont ils disposaient, des circonstances

⁸⁶⁷ Article 514-5 du *Code pénal* espagnol :

« Los promotores o directores de cualquier reunion o manifestacion que convocaren, celebraren o intentaren de celebrar de nuevo una reunion o manifestacion qui hubiese sido previamente suspendida o prohibida, y siempre que con ello pretendieran subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz publica, seran castigados con las penas de prision de seis meses a un ano y una multa de seis a doce meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, conforme a los apartados precedentes ».

délictueuses⁸⁶⁸. Ainsi, bien qu'il ait été décidé au sein du mouvement des « Indignés » de ne pas déclarer préalablement la manifestation prévue le 29 septembre 2012 autour du Congrès des députés, réunis ce jour-là en session plénière pour voter le budget, un anonyme a procédé de manière individuelle à la déclaration préalable de la manifestation aux autorités compétentes. Celle-ci n'a pas été interdite mais des mesures de modification, notamment de son itinéraire, ont été prises⁸⁶⁹. Cependant, ces changements notifiés à la personne ayant déclaré la manifestation n'ont pas été pris en compte le jour de la manifestation. Or, la personne qui déclare une manifestation encourt le risque que sa responsabilité pénale soit engagée alors même qu'elle n'est pas l'organisateur de la manifestation. Cette situation soulève plusieurs questions. On peut notamment se demander si les articles 431-9 du *Code pénal français* et 514-1 du *Code pénal espagnol*, même s'ils n'établissent qu'une obligation de moyens et non de résultat, n'instituent pas une responsabilité du fait d'autrui contraire au principe de responsabilité pénale du fait personnel.

En droit canadien, la mise en cause d'une telle responsabilité pénale en raison de la tenue d'une manifestation non autorisée relève de la compétence provinciale, le droit fédéral ne prévoyant pas d'obligation de communication préalable d'une manifestation. Comme on l'a effectivement déjà analysé dans la première partie de notre étude s'agissant de l'encadrement du droit d'organiser une manifestation, un tel système préventif se rattache au domaine de compétence provincial en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle* de 1867⁸⁷⁰. Précisément, aux termes de l'alinéa 15, la province est compétente pour prévoir « des punitions par voie d'amende, pénalité ou emprisonnement dans le but de faire exécuter toute loi de la province ».

Ces infractions de caractère réglementaire visent à pénaliser les atteintes au

⁸⁶⁸ Article 514-1 du *Code pénal espagnol* :

« Los promotores o directores de cualquier reunion o manifestacion comprendida en el numero 1 del articulo anterior y los que, en relacion con el numero 2 del mismo, no hayan tratado de impedir por todos los medios a su alcance las circunstancias en ellos mencionadas, incurriran en las penas de prision de uno a tres anos de multa de doce a veinticuatro meses. A estos efectos, se reputaran directores o promotores de la reunion o manifestacion los que las convoquen o presidan ».

⁸⁶⁹ *Resolución del Gobierno de Madrid*, 20/09/2012.

⁸⁷⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44, au para. 91.

bien-être public, c'est-à-dire les actes qui, sans être de nature criminelle, doivent être interdits sous peine de sanction pénale dans le but de sauvegarder l'intérêt général de la société⁸⁷¹. Une mesure réglementaire pourrait sanctionner les organisateurs d'une manifestation pour défaut de communication préalable de manifestation ; cependant, elle ne pourrait établir une responsabilité distincte pour les organisateurs et pour les participants d'une manifestation non déclarée que si une loi provinciale le prévoit expressément. En effet, en vertu du principe de non-discrimination, seules les lois, et non les règlements, peuvent prévoir des traitements différents selon les catégories de citoyens⁸⁷². Néanmoins, en droit québécois, l'article 6 de la *loi sur les compétences municipales*⁸⁷³ autorise explicitement les municipalités de la province du Québec de prévoir dans leurs règlements des catégories et des règles spécifiques distinguant entre citoyens. La ville peut donc explicitement mettre en place un régime juridique distinct pour les organisateurs et les participants. Précisément, en vertu de la loi relative aux *compétences municipales* sur laquelle se fondait le *Règlement P-6*, il est possible de prévoir une infraction réglementaire ne visant que les organisateurs en cas de défaut de déclaration préalable ; encore faut-il qu'une telle infraction soit effectivement prévue.

Dans une décision de la Cour municipale de Montréal, il a en effet été considéré que l'article 2.1 du *Règlement P-6* (maintenant abrogé) de la Ville de Montréal qui posait l'obligation de communiquer préalablement le lieu et l'itinéraire d'une manifestation ne créait pas d'infraction⁸⁷⁴. Dans cette affaire, la Ville soutenait que la seule violation de l'article 2.1 entraînait une infraction commise par toutes les personnes participant ou présentes à la manifestation non-déclarée. À l'inverse, pour le

⁸⁷¹ *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] RCS 5, aux pp 13-15, 12 DLR (3*) 591

⁸⁷² *Shell Canada Products Ltd. c. Vancouver (City)* [1994] 1 RCS 231 :

« La règle relative à la discrimination par une municipalité concerne essentiellement les pouvoirs qu'elle possède. Les municipalités sont tenues de fonctionner dans les limites des pouvoirs que leur attribue leur loi constitutive et habilitante. Des dispositions réglementaires à cet effet seraient donc en principe nulles à moins que la loi habilitante ne les permette expressément ou par implication nécessaire ».

⁸⁷³ *Loi sur les compétences municipales RLRQ c. C-47 .1.*

⁸⁷⁴ *Montréal (ville de) c. Thibeault Jolin*, J.E. 2015-330 (CMM).

juge, la seule infraction qui pouvait être reconnue était celle prévue à l'article 6 du règlement précité aux termes duquel :

« Toute personne doit se conformer immédiatement à l'ordre d'un agent de la paix de quitter les lieux d'une assemblée, d'un défilé ou d'un attroupement tenu en violation du présent règlement ».

Autrement dit, afin qu'une infraction réglementaire soit constatée, il est nécessaire que la personne concernée ne se conforme pas à un ordre de dispersion. Pour le juge municipal, il n'existe donc pas d'infraction de participation à une manifestation non-déclarée ; une position qui sera confirmée par la Cour supérieure du Québec qui déclarera l'article 2.1 en question inopérant lorsqu'il concerne des manifestations spontanées⁸⁷⁵. De cette manière, les juges de la Cour supérieure ont admis la possibilité qu'une manifestation soit dépourvue d'organisation préalable et donc dénuée d'organiseurs. Une telle conception est diamétralement opposée à celle retenue dans les modèles juridiques français et espagnol qui ne reconnaissent qu'un droit de manifestation préalablement organisée.

2. Vers une confusion entre organisateurs et participants

L'exemple québécois illustre qu'en droit canadien, il peut être envisagé qu'une manifestation n'ait pas été préalablement organisée et donc qu'il n'existe pas d'organiseurs susceptibles d'endosser une éventuelle responsabilité. En ce sens, dans l'affaire *Villeneuve c. Ville de Montréal*, la Cour supérieure du Québec a retenu une interprétation atténuée de l'obligation de communiquer préalablement un itinéraire à l'égard des manifestations dites « instantanées », autrement dit celles qui n'ont pu être préalablement organisées. A ce sujet, la Cour supérieure du Québec a tout de même insisté sur l'importance du caractère véritablement spontané ou instantané d'une manifestation et l'urgence avec laquelle elle doit se dérouler au risque de devenir

⁸⁷⁵ *Villeneuve c. Montréal (Ville de)* [2016] QCCS 2888. La Cour d'appel du Québec a rejeté cette interprétation atténuée de l'article 2.1 du *Règlement P-6* et l'a invalidé dans sa totalité. Voir : *Villeneuve c. Montréal* [2018], précit..

obsolète⁸⁷⁶. En effet, le message de certaines manifestations perd en force et en pertinence lorsqu'elles sont retardées du fait d'une obligation de communication préalable. Pour ce type de manifestations, dont personne n'est véritablement à l'origine ou ne les organise parce qu'elles surviennent de façon imprévue, si une obligation de déclaration préalable existait, elles seraient automatiquement illégales dès lors que leur communication avant leur tenue est impossible. C'est ainsi que la Cour supérieure a statué que l'obligation de l'article 2.1 de l'ancien *Règlement P-6* de la Ville de Montréal ne pouvait s'appliquer aux manifestations instantanées⁸⁷⁷.

Si le droit canadien admet qu'une manifestation peut être dépourvue d'organisation préalable et donc d'organiseurs, c'est tout à fait l'inverse que retient le droit espagnol qui reconnaît un droit de manifester seulement si la manifestation a été préalablement communiquée. Il en va de même en droit français où le législateur impose une obligation de déclaration préalable qui implique une distinction entre le ou les organisateur(s) et les participants. Une telle différenciation se fait au profit des participants qui, contrairement aux organisateurs, ne sont soumis à aucune obligation sinon celle de demeurer pacifiques pour bénéficier des garanties de la liberté de réunion même lorsque la manifestation n'a pas fait l'objet d'une déclaration préalable. Toutefois, cette configuration du droit de manifester élaborée au XX^e siècle, qui distingue entre organisateurs et participants, semble aujourd'hui mal adaptée aux réalités du XXI^e siècle. En effet, les grandes manifestations ne constituent plus le seul moyen d'action collective des organisations syndicales ou politiques comme autrefois. Aujourd'hui, les manifestations précèdent l'existence des mouvements sociaux. Ainsi, ce sont les manifestations, tous les samedis à partir du 19 novembre 2018, sur les

⁸⁷⁶ *Villeneuve c. Montréal* [2016], au para. 474.

⁸⁷⁷ Finalement, la Cour d'appel du Québec n'a pas retenu cette interprétation atténuée. Elle a estimé que tel qu'il était rédigé, l'article 2.1 du *Règlement P-6* imposait une obligation de communication de l'itinéraire pour toute assemblée incluant les manifestations spontanées. De cette façon, l'article 2.1 du *Règlement P-6* doit être invalidé dès lors qu'il porte atteinte de manière trop excessive à la liberté de réunion pacifique. En effet, une telle obligation de communication préalable est susceptible de rendre illégales des manifestations alors même que celles-ci se déroulent de manière parfaitement pacifique. Voir : *Villeneuve c. Ville de Montréal* [2018], précit., au para. 106.

Champs-Élysées à Paris, qui ont formé le mouvement des « gilets jaunes ». De la même manière, c'est à la suite de la manifestation du 31 mars 2016, organisée pour contester un projet de loi visant à réformer le Code du travail (« *loi travail* ») présenté à l'Assemblée nationale le 24 mars 2016, qu'est né le mouvement « Nuit debout » directement inspiré du mouvement des « Indignés » espagnols dit du « 15-M » car né à la suite d'une manifestation qui s'est tenue le 15 mai 2011. À l'instar des Espagnols qui ont décidé, le jour de la manifestation, d'occuper la Puerta del Sol de Madrid pour une durée indéterminée, les « Nuitdeboutistes » français ont décidé, le soir du 31 mars 2016, d'occuper la place de la République à Paris jusqu'à ce que le projet de loi contesté soit retiré. Or, pour ce type de mouvement social résultant d'une convergence de différentes luttes sociales⁸⁷⁸, il est très difficile d'identifier des organisateurs ou même des leaders. Ces nouvelles formes d'organisation des mouvements sociaux rompent avec l'organisation classique et institutionnalisée des mouvements sociaux antérieurs. Les syndicats et les partis politiques, qui ont historiquement joué un rôle déterminant dans les grandes manifestations du fait de leur capacité de mobilisation, se retrouvent désormais relayés au second plan dès lors que la mobilisation se réalise désormais, avant tout, à travers les réseaux sociaux qui sont dépourvus d'une affiliation partisane claire.

Or, ces nouvelles formes de mobilisation tendent à faire disparaître la distinction entre organisateurs et participants. En effet, l'une de leurs caractéristiques est qu'elles reposent sur une organisation horizontale dépourvue de leader ou d'organisateur. Dès lors, l'exigence d'identification d'organisateur attachée à l'obligation de déclaration préalable consacrée par la *ley organica* de 1983⁸⁷⁹ en

⁸⁷⁸ Concernant le mouvement des « Indignés », voir notamment : K. Calvo, I. Alvarez, “Limitaciones y exclusiones en la institucionalización de la indignación del 15-M a Podemos” (2015) 24 RES. Concernant le mouvement « *Nuit debout* », voir notamment : http://www.lemonde.fr/politique/article/2016/04/06/nuit-debout-histoire-d-un-ovni-politique_4896808_823448.html [en ligne le 30/04/2018].

⁸⁷⁹ *Ley organica* 9/1983 du 15 juillet 1983, *reguladora del derecho de reunion*, article 9.

Espagne et l'article L. 211-2⁸⁸⁰ du *décret-loi du 23 octobre 1935*⁸⁸¹ en France tombe peu à peu en désuétude. Ainsi, pour le mouvement « Nuit debout », ceux qui procédaient à des déclarations préalables de manifestations et d'occupations de places n'en étaient pas véritablement les organisateurs mais seulement des participants actifs qui s'efforçaient de respecter les procédures⁸⁸². Cette stratégie s'oppose diamétralement à celle des « Indignés » espagnols qui ont fait le choix de ne pas respecter l'obligation de déclaration préalable afin qu'il ne soit pas possible de procéder à une distinction entre organisateurs et participants.

Afin de contrer cette manœuvre qui laisse les autorités administratives face à des manifestations sans organisateurs, la *ley organica sur la seguridad ciudadana* de 2015 a redéfini cette notion afin de l'élargir la catégorie. Ainsi, en vertu de l'article 30.3 de ce texte, toute personne physique ou morale qui contribue à la diffusion d'un appel à manifestation est susceptible d'être considérée comme un organisateur de manifestation⁸⁸³. De cette façon, un simple *hashtag* sur un compte *twitter* peut suffire à qualifier son auteur d'organisateur d'une manifestation.

En droit français, bien que la récente *loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations* du 10 avril 2019 a allégé la procédure de déclaration préalable en requérant la mention d'un organisateur au lieu

⁸⁸⁰ Article L. 211-2 du *Code de la sécurité intérieure* :

« La déclaration fait connaître les noms prénoms et domiciles des organisateurs et est signée par trois d'entre eux faisant élection de domicile dans le département ».

⁸⁸¹ Décret-loi du 23 octobre 1935 *portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public*.

⁸⁸² Au sein même du mouvement « Nuit debout » organisé en commissions, un groupe de travail était investi de réaliser les déclarations préalables en préfecture. C'est donc aux membres de ce groupe que revenait la tâche de déclarer en préfecture les manifestations quotidiennes et de se présenter aux convocations chez le préfet alors même qu'ils n'étaient pas les véritables organisateurs des manifestations. Ainsi, le nom de Leïla Chaïbi, qui faisait partie de ce groupe de travail, apparaît dans la plupart des déclarations préalables des manifestations qui ont eu lieu à Paris.

⁸⁸³ *Ley organica 4/2015, 30 mars 2015, de proteccion de la seguridad ciudadana*, article 30.3 :

« A los efectos de esta ley se consideraran organizadores o promotores de las reuniones en lugares de transito publico o manifestaciones las personas físicas o jurídicas que hayan suscrito la perspectiva comunicacion. Asimismo, aun no habiendo suscrito o presentado la comunicacion, tambien se consideraran organizadores o promotores quienes de hecho las presidan, dijan o ejerzan actos semejantes, o quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difundiran, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son directores de aquellas ».

de trois auparavant, on n’y trouve aucune précision quant à la délimitation de la catégorie d’organisateur d’une manifestation. Celle-ci semble pourtant s’être élargie dans les faits. Effectivement, il était rare que les manifestations des « gilets jaunes » soient préalablement déclarées. De plus, il était difficile d’identifier le ou les organisateur(s) des manifestations hebdomadaires dès lors que l’organisation se faisait à partir de pages *facebook* et de comptes *twitter* administrés de manière collective. Plusieurs personnes ont pourtant été interpellées et soupçonnées d’avoir organisé une « manifestation sans déclaration préalable ». L’élargissement de la catégorie d’organisateur réduit considérablement celle de participant. Or, le régime de protection du simple participant à une manifestation est bien plus avantageux que celui d’un organisateur dès lors que le second est susceptible de tomber sous le coup de l’infraction d’interdiction d’organiser une manifestation sans déclaration préalable.

Sous-chapitre 2. La délimitation du pouvoir de limiter la libre participation à une manifestation

La participation à une manifestation est une forme d’expression dès lors qu’elle exprime une opinion - celle d’adhérer à l’opinion collective exprimée par la manifestation - c’est pourquoi, le pouvoir de limiter la participation à une manifestation est soumis aux mêmes exigences que celui qui tend à restreindre la liberté d’expression. Autrement dit, il obéit au même principe de réserve de loi caractérisant la délimitation du pouvoir de restriction des droits garantis en général et de l’exercice de la liberté d’expression en particulier. Il s’agit, tout d’abord, d’une délimitation formelle propre aux systèmes juridiques de tradition civiliste dont font partie les droits français et espagnol dans lesquels les constituants ont consacré une compétence exclusive du législateur pour restreindre la liberté de participation à une manifestation. Autrement dit, les autorités infra-législatives ne sont pas directement compétentes pour borner la participation à une manifestation (Section 1). Pour autant, malgré la reconnaissance constitutionnelle d’un pouvoir de limiter l’exercice des droits garantis dont celui de la libre participation à une manifestation en droit français et espagnol, la compétence du

législateur n'est pas illimitée et doit répondre à certaines exigences matérielles, parmi lesquelles figure le respect du principe de précision. Ce dernier implique que les limites apportées à la libre participation à une manifestation doivent être suffisamment précises pour permettre aux citoyens de prévoir les conséquences juridiques de leur participation à une manifestation. Ainsi, un tel pouvoir est également soumis à une réserve de loi au sens matériel que l'on retrouve également en droit canadien (Section 2).

Section 1. Le principe de la réserve de la loi pour restreindre la liberté de participer à une manifestation

En droit français et espagnol, la limitation de la libre participation à une manifestation est soumise au principe de réserve de loi au sens formel selon lequel seul le législateur peut la réguler et donc la limiter. Cette compétence législative exclusive est constitutionnellement reconnue dans les deux pays mais avec une différence quant à la nature de la loi requise : alors que le constituant espagnol consacre une réserve de loi organique excluant la compétence du législateur ordinaire, en droit français il s'agit d'une réserve de loi ordinaire (A). En tout état de cause, en dépit de cette distinction de degré du principe de réserve de loi au sens formel, le droit français comme le droit espagnol excluent la compétence administrative et gouvernementale pour restreindre le droit à la libre participation à une manifestation (B).

A. Un principe constitutionnellement garanti en France et en Espagne

1. La réglementation de la libre participation à une manifestation par des lois organiques espagnole

En vertu de l'article 53 de la *Constitution espagnole*, « c'est seulement par la loi, qui dans tous les cas doit en respecter le contenu essentiel, que l'on peut réglementer l'exercice des libertés et des droits qui sont protégés ». L'article 53 pose ainsi le principe de la réserve de loi en matière de libertés fondamentales.

Toutefois, ce ne sont pas toutes les normes ayant force de loi qui peuvent réglementer les droits et libertés constitutionnellement consacrés. En effet, au sein de l'ordonnement juridique espagnol, comme on a déjà pu le relever, le constituant de 1978 a été plus loin qu'une simple réserve de loi ordinaire pour préserver les droits fondamentaux en posant une réserve de loi organique. En effet, l'article 81 de la *Constitution* prévoit que seule une loi organique peut organiser l'exercice d'un droit. De cette façon, même si l'article 82-1 du texte constitutionnel prévoit la possibilité pour les *Cortes generales* de déléguer au Gouvernement la compétence d'édicter des normes ayant rang de loi, le constituant a expressément exclu cette possibilité s'agissant des matières réservées aux lois organiques⁸⁸⁴. De plus, l'article 86 de la *Constitution* prévoit la possibilité de gouverner par décrets-lois en cas de nécessité extraordinaire et urgente mais ce pouvoir de délégation au Gouvernement ne peut concerner les droits et libertés des citoyens. Par conséquent, le constituant a écarté, par principe, la possibilité de déléguer au Gouvernement le pouvoir d'encadrer l'organisation d'une manifestation et la liberté d'y participer. Le processus législatif particulièrement renforcé prévu par la *Constitution espagnole* constitue donc une garantie plus poussée face aux éventuelles ingérences du pouvoir exécutif dans l'exercice de la liberté de participer à une manifestation pacifique.

Ainsi, la *ley organica* 9/1983 encadre rigoureusement le droit d'organiser une manifestation mais demeure relativement silencieuse quant aux modalités de participation à une manifestation ; un constat qui témoigne d'une approche assez libérale concernant quant à cette liberté. En effet, seul l'article 5 de cette loi organique encadre la libre participation à une manifestation en prévoyant la possibilité pour

⁸⁸⁴ Voir : STC, 101/1991, 13 mai 1991, FJ 2.

l'autorité compétente de suspendre et de dissoudre les manifestations qui ne sont pas en conformité avec les lois pénales et qui troublent l'ordre public en mettant en danger les personnes et les biens. L'article 5 de cette loi organique prohibe également l'utilisation d'uniformes paramilitaires par les participants.

Par ailleurs, l'article 21-2 de la *Constitution espagnole* dispose que l'autorité compétente pourra interdire des manifestations dès lors qu'il existe des raisons fondées d'altération de l'ordre public pouvant mettre en danger les personnes et les biens. Il n'est donc pas étonnant que certaines des dispositions de la *loi organique relative à la protection de la sécurité citoyenne* concernent la libre participation à une manifestation.

Si la *ley organica 1/1992* du 21 février 1992 est restée fidèle à l'approche libérale de la liberté de manifestation en ne réglementant que très peu la participation à une manifestation, la plus récente *ley organica 4/2015* du 30 mars 2015 relative à la protection de la sécurité citoyenne qui est venue la remplacer l'a été beaucoup moins.

En effet, les articles 36.1 et 36.8 de cette nouvelle loi organique sanctionnent en tant qu'infractions administratives graves la perturbation de la sécurité citoyenne à l'occasion d'une manifestation organisée devant la Chambre des députés, le Sénat ou les assemblées législatives des Communauté autonomes ainsi que la perturbation du déroulement normal d'une manifestation autorisée sans qu'il soit besoin qu'un délit pénal soit prévu. Ces infractions sont punies d'une amende pouvant aller jusqu'à 30 000 euros. Par ailleurs, aux termes de l'article 37.1 de cette loi, constitue une infraction administrative mineure la tenue d'une manifestation n'ayant pas respecté la procédure de déclaration préalable prévue par la *ley organica 9/1983* relative à l'exercice de la liberté de réunion et de manifestation. L'article 37.3, quant à lui, sanctionne le fait de ne pas respecter les restrictions de circulation piétonne lors d'une manifestation en provoquant une perturbation, même mineure, du fonctionnement normal de ces dernières. Dans le même sens, les articles 37.7 et 37.15 du même texte sanctionnent les participants qui occuperaient une propriété immobilière contre la volonté du

propriétaire, du locataire ou du titulaire d'un droit comparable. La commission de cette infraction est punie d'une amende pouvant aller jusqu'à 600 euros.

Si, jusqu'alors, la participation à une manifestation était relativement à l'abri de sanctions pénales et administratives, la loi organique de 2015 a considérablement élargi la catégorie des organisateurs de sorte que de simples participants à une manifestation peuvent être inquiétés par des sanctions visant les manifestations troublant la sécurité citoyenne. En effet, en vertu de l'article 30 de la *ley organica* 4/2015, les organisateurs de manifestation ne sont plus les personnes qui la déclarent préalablement mais tous les individus qui dans les faits président et dirigent la manifestation. Sont également considérés comme des organisateurs toutes les personnes qui communiquent ou transmettent un appel à manifester. De cette façon, la loi organique tend à rendre flou la distinction entre organisateurs et manifestants. En élargissant la catégorie des organisateurs, elle a étendu la portée des sanctions pénales et administratives susceptibles de venir limiter l'exercice de la liberté de participation à une manifestation.

2. Les lois ordinaires françaises réglementant la libre participation à une manifestation

Au sein de l'ordonnancement juridique français, on ne trouve pas pareille garantie de réserve de loi organique mais un simple principe de réserve de loi ordinaire. Cependant, depuis qu'a été reconnue la valeur constitutionnelle de la liberté de manifestation en tant qu'exercice de la liberté d'expression collective des idées et des opinions, au principe de réserve de loi ordinaire et générale prévue par l'article 34 de la *Constitution* s'ajoute la réserve de loi présente aux articles 10⁸⁸⁵ et 11⁸⁸⁶ de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*. Ainsi, en droit français, une simple loi ordinaire peut prévoir

⁸⁸⁵ *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789* [en ligne : www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp], article 10 :

« Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ».

⁸⁸⁶ *Ibid.*, article 11 :

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ».

non seulement des dispositions visant à encadrer et donc potentiellement restreindre l'exercice de la liberté de participation à une manifestation mais également une interdiction de participer à une manifestation. D'autre part, on ne retrouve pas en droit français d'équivalent à l'article 82.1 de la *Constitution espagnole* faisant obstacle à la délégation au Gouvernement du pouvoir d'édicter des normes ayant rang de loi⁸⁸⁷. Ainsi, en droit français, un décret peut, par exemple, créer l'infraction de dissimulation du visage pendant une manifestation⁸⁸⁸.

En effet, l'article R. 645-14 du *Code pénal* issu du décret du 19 juin 2009 réprime la dissimulation du visage sur la voie publique lors d'une manifestation. Cette contravention de cinquième classe est punie d'une amende d'un montant maximal de 1500 euros, doublé en cas de récidive. Or, la récente *loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations* de 2019⁸⁸⁹ a fait passer cette dissimulation du visage de la catégorie des contraventions à celles des délits⁸⁹⁰ ; une modification qui a eu des conséquences en termes d'étendue de l'infraction. En effet, désormais la dissimulation même partielle du visage constitue un délit alors que la contravention instituée par le décret de 2009 ne visait que la dissimulation totale du visage.

Concernant les interdictions de participer à une manifestation, la *loi n° 95-73 d'orientation et de programmation relative à la sécurité* du 21 janvier 1995 a introduit la possibilité de prononcer sous forme de peine complémentaire une interdiction de manifester. En vertu de cette loi, une personne condamnée dans le cadre d'une manifestation peut être interdite de se rendre sur certains lieux. Autrement dit, une telle

⁸⁸⁷ Voir : STC, 101/1991, 13 mai 1991, FJ 2.

⁸⁸⁸ Décret n° 2019-208 du 20 mars 2019, précit.

⁸⁸⁹ Loi n° 2019-290 du 10 avril 2019 *visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*

⁸⁹⁰ Ibid., article 6 qui a introduit à l'article 431-9 du *Code pénal* les développements suivants :

« Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, au cours ou à l'issue de laquelle des troubles à l'ordre public sont commis ou risquent d'être commis, de dissimuler volontairement tout ou partie de son visage sans motif légitime ».

prohibition fait obstacle à la liberté de participer à une autre manifestation du fait d'une condamnation préalable.

Ces interdictions de manifester peuvent être prononcées à la suite de manifestations publiques au cours desquelles ont été commis des actes répréhensibles contre des personnes ou des destructions et dégradations de biens, allant de la violence ayant entraîné la mort à la destruction d'objets ne présentant pas de danger pour les personnes⁸⁹¹. Le texte initialement proposé par le Gouvernement prévoyait, afin d'assurer l'effectivité de la mesure, une obligation pour les personnes interdites de manifester, de se présenter à des convocations le jour des manifestations. Il était ainsi fait directement référence à la *loi n° 93-1283 relative à la sécurité des manifestations sportives* du 6 décembre 1993. En effet, depuis cette loi, il existe une peine complémentaire d'interdiction judiciaire de stade. Comme son nom l'indique, cette sanction est liée à une condamnation pénale antérieure, précisément elle est la conséquence d'une infraction commise dans le cadre d'une manifestation sportive. Autrement dit, elle a vocation à s'appliquer après la commission d'une infraction et est toujours prononcée à la suite d'une comparution devant un tribunal. Elle peut être assortie d'une amende ou d'une peine de prison. Cette loi, aujourd'hui codifiée à l'article L. 332-11 du *Code du sport*⁸⁹², en plus de prévoir des interdictions de stade à

⁸⁹¹ Article L. 211-13 du *Code de la sécurité intérieure* :

« Les personnes s'étant rendues coupables lors de manifestations sur la voie publique, des infractions prévues [...] au premier alinéa et 322-6 à 322-10 du code pénal encourent également la peine complémentaire d'interdiction de participer à des manifestations sur la voie publique, dans des lieux fixés par la décision de condamnation, pour une durée ne pouvant excéder trois ans. Si cette interdiction accompagne une peine privative de liberté sans sursis, elle s'applique à compter du jour où la privation de liberté a pris fin.

Le fait pour une personne de participer à une manifestation en méconnaissance de cette interdiction est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

⁸⁹² Article L. 332-11 du *Code du sport* :

« Les personnes coupables de l'un des infractions définies aux articles L. 332-3 à L. 332-10 (L. n° 2006-784 du 5 juillet 2006) et L. 332-19 du présent code encourent également la peine complémentaire d'interdiction de pénétrer ou de se rendre aux abords d'une enceinte où se déroule une manifestation sportive, pour une durée, qui ne peut excéder cinq ans. (L. n° 2006-784 du 5 juillet 2006). La personne condamnée à cette peine est astreinte par le tribunal à répondre, au moment des manifestations sportives, aux convocations de toute autorité ou de toute personne qualifiée » (L. n° 2011 - 267 du 14 mars 2011 art 62-2). Cette décision peut prévoir que l'obligation de répondre à ces convocations s'applique au moment de certaines manifestations sportives, qu'elle désigne, se déroulant sur le territoire d'un État étranger.

Cette peine complémentaire est également applicable aux personnes coupables de l'une des infractions définies aux articles 222-11 à 222-13, 322-1 à 322-4, 322-6, 322-11 et 433-6 du code pénal lorsque cette infraction a été commise dans une enceinte où se déroule une manifestation sportive ou, à l'extérieure de l'enceinte, en relation directe avec une manifestation sportive » (L. n° 84-610 du 16 juillet 1984 art 42-11, al 1^{er} et 2) ».

l'encontre des auteurs de violence dans le cadre d'une manifestation sportive, indique que les personnes visées peuvent être contraintes de répondre, au moment des manifestations sportives, à des convocations destinées à s'assurer du respect de l'interdiction⁸⁹³. Bien que le système de pointage lors des manifestations sportives semble avoir été écarté par le Parlement, c'est sensiblement le même dispositif dissuasif et complémentaire à une condamnation pénale qui a été transposé aux manifestations politiques par la loi du 21 janvier 1995.

La nouvelle *loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*⁸⁹⁴ vient d'étendre le champ des interdictions judiciaires de manifester aux mesures pouvant être prononcées dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Ainsi, depuis avril 2019, il n'est plus besoin d'être reconnu coupable de certaines infractions pour risquer de se voir infliger une interdiction judiciaire de manifester. L'article 138 modifié du *Code de procédure pénale* dispose effectivement que :

« Le contrôle judiciaire peut être ordonné par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave.

Ce contrôle astreint la personne concernée à se soumettre, selon la décision du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, à une ou plusieurs des obligations ».

Parmi les mesures pouvant être prononcées dans le cadre d'un contrôle judiciaire figure l'interdiction de se rendre dans certains lieux et, plus significativement, l'interdiction de participer à une manifestation⁸⁹⁵. Ainsi, une personne peut dorénavant faire l'objet d'une interdiction de manifester même si elle n'a pas été condamnée au

⁸⁹³ Jean Pierre Théron, « Chronique de législation. Commentaire sur les dispositions concernant la vidéo surveillance et les manifestations sur la voie publique de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité » (1995) AJDA 207.

⁸⁹⁴ Décret n° 2019-208 du 20 mars 2019, précit.

⁸⁹⁵ Article 138 du *Code de procédure pénale* (modifié par la loi n° 2019-290 du 10 avril 2019, article 8) :

« Le contrôle judiciaire peut être ordonné par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave. Ce contrôle astreint la personne concernée à se soumettre, selon la décision du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, à une ou plusieurs des obligations ci-après énumérées :

[...]

3 Ne pas se rendre en certains lieux ou ne se rendre dans les lieux déterminés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention ».

préalable mais seulement pour s'être retrouvée en instance de jugement ou soumise à des procédures de comparution. L'interdiction de manifester n'apparaît dès lors plus comme une peine complémentaire mais comme une sanction préalable à la condamnation. Outre ces interdictions individuelles de participer à une manifestation, dont le champ d'application s'est donc considérablement élargi, le *décret n° 2019-208* du 20 mars 2019 a institué une contravention en cas de participation à une manifestation interdite sur la voie publique⁸⁹⁶ qui étend de nouveau le périmètre des interdictions de manifester en sanctionnant la simple participation à une manifestation.

B. La confirmation du principe d'exclusion de la compétence infralégislative

1. L'absence de compétence réglementaire de limitation de la libre participation à une manifestation en droit espagnol

L'origine gouvernementale de la plupart des dispositions normatives françaises encadrant l'exercice de la liberté de participation à une manifestation contraste avec le cadre juridique espagnol. En effet, dans ce dernier, l'encadrement de la participation à une manifestation ne peut venir du Gouvernement en raison du principe de réserve de loi organique consacré à l'article 81.1 de la *Constitution espagnole*. Ainsi, même si les lois organiques peuvent renvoyer à des normes législatives, voire infra-législatives (voir STC, 137/1986, FJ 3), le juge constitutionnel espagnol veillera à ce que la régulation de la liberté de participer à une manifestation ne dépende pas complètement du pouvoir législatif ordinaire et encore moins du pouvoir gouvernemental de prendre des actes ayant force de loi ; une configuration qui irait effectivement à l'encontre de l'article 81.1 du texte constitutionnel.

La *Constitution espagnole* fait donc, en principe, strictement obstacle à ce que l'encadrement de l'exercice de la liberté de participer à une manifestation soit laissé aux mains du Gouvernement. À cet égard, le Tribunal constitutionnel a notamment pu déclarer la non-conformité constitutionnelle de l'article 26 j) de la *ley organica 1/1992*

⁸⁹⁶ Article R. 644-4 du *Code pénal* introduit par le décret n° 2019-208 du 20 mars 2019, précit.

relative à la protection de la sécurité citoyenne qui qualifiait d'infractions mineures à la sécurité citoyenne toutes les violations des obligations et interdictions établies dans les règlements et les normes de police. Pour le juge constitutionnel, cette disposition constituait une clause générale de renvoi qui ne permettait pas de déterminer quelles conduites faisaient précisément l'objet de la sanction. Or, l'article 25.1 de la *Constitution espagnole* pose le principe d'une réserve de loi formelle quant aux normes visant des conduites délictueuses. Bien qu'elle n'écarte pas qu'une loi puisse renvoyer à des normes réglementaires, la *Constitution* interdit en revanche que ce renvoi laisse au pouvoir réglementaire la possibilité d'édicter des normes indépendamment de tout cadre législatif⁸⁹⁷. En effet, la réserve de loi en droit constitutionnel espagnol « n'exclut pas la possibilité que les lois contiennent des renvois à des normes réglementaires » mais l'intervention du pouvoir réglementaire doit demeurer « auxiliaire ou complémentaire »⁸⁹⁸ de celle du législateur.

Concernant les interdictions de manifester, force est de constater que le législateur espagnol n'a pas été aussi loin que son homologue français. Là encore, la situation en droit français contraste avec le droit espagnol qui ne prévoit pas la possibilité de prononcer des peines complémentaires d'interdiction de participer à une manifestation. En effet, bien que l'article 558 du *Code pénal français* mentionne des peines complémentaires d'interdiction de participer à des manifestations sportives et culturelles, ce mécanisme est délimité à ce domaine particulier. En Espagne, les interdictions de stade sont un pilier de la politique espagnole de lutte contre l'hooliganisme au regard de l'augmentation des violences commises dans le cadre de manifestations sportives et à la suite de la signature de la *Convention européenne sur la violence et les débordements de spectateurs lors de manifestations sportives notamment de matchs de football*⁸⁹⁹. La loi du 15 octobre 1990, qui a été complétée par

⁸⁹⁷ STC, 3/1988, 21 janvier 1988, FJ 9.

⁸⁹⁸ STC, 96/2002, 25 avril 2002, FJ 5.

⁸⁹⁹ *Convention européenne sur la violence et les débordements de spectateurs lors de manifestations sportives notamment de matchs de football*, Strasbourg, 19 août 1985.

le *décret royal n° 75* du 31 janvier 1992, prévoit en ce sens qu'un juge qui condamne un *hooligan* pour violence commise dans le cadre d'une manifestation sportive peut aussi lui interdire l'accès à des stades de football pendant une durée déterminée.

En France, à l'inverse de l'Espagne, le mécanisme des peines complémentaires infligées aux personnes reconnues coupables d'altérer le déroulement normal d'une manifestation sportive a directement été transposé à la manifestation. Ainsi, si le droit espagnol ne prévoit pas la possibilité pour le juge de prononcer des interdictions de manifester ni en tant que peine principale ni en tant que peine complémentaire, en droit français, les coupables de certaines infractions commises lors de manifestations, comme une manifestation sportive, peuvent se voir infliger une interdiction de participer à de futures manifestations.

Pour autant, malgré plusieurs tentations et tentatives d'introduire, comme pour les manifestations sportives, un pouvoir général d'interdiction de manifester, le Conseil constitutionnel français semble veiller à ce qu'il ne soit pas possible pour l'administration de prononcer des interdictions de participer à une manifestation.

2. L'impossibilité des interdictions administratives de participation à une manifestation en droit français

Dans sa célèbre décision *Vidéosurveillance*⁹⁰⁰ de 1995, le Conseil constitutionnel a reconnu la conformité constitutionnelle de la création de la peine complémentaire d'interdiction de manifester dont la méconnaissance est elle-même sanctionnée d'un emprisonnement et d'une amende. La loi du 21 janvier 1995, qui a fait l'objet du recours, prévoyait que les personnes condamnées encourent, à titre de peine complémentaire, une interdiction de participation à des manifestations sur la voie publique dans les lieux fixés par la décision de condamnation, pour une durée maximale de trois ans. La violation de cette interdiction était punie d'un an d'emprisonnement et

⁹⁰⁰ Article 138, 3° bis du *Code de procédure pénale* (modifié par la loi n° 2019-290 du 10 avril 2019, article 8) :

« Ne pas participer à des manifestations sur la voie publique dans des lieux déterminés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention ».

de quinze mille euros d'amende⁹⁰¹. En tant que peine complémentaire, la décision d'interdiction de manifester implique cependant toujours l'intervention d'un juge judiciaire.

La nouvelle *loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations* du 10 avril 2019 est venue modifier le régime de la peine complémentaire d'interdiction de participer à une manifestation en élargissant son champ d'application⁹⁰². En effet, cette loi place l'interdiction de manifester parmi les obligations du contrôle judiciaire. Alors que la peine complémentaire prévue en 1995 était tributaire d'une peine principale et donc d'une condamnation, la modification de l'article 138 du *Code de procédure pénale*⁹⁰³ par la loi de 2019 permet au juge, au titre du contrôle judiciaire, d'interdire à une personne mise en examen de participer à des manifestations sur la voie publique. Ainsi, à la suite du troisième alinéa de la disposition prévoyant l'interdiction de se rendre dans certains lieux, figure un alinéa bis qui indique l'obligation de ne pas participer à des manifestations sur la voie publique dans des lieux déterminés.

Des sénateurs ont alors soulevé la contrariété de cette disposition avec la liberté d'aller et venir ainsi que la liberté d'expression collective dès lors qu'elle permettrait de prononcer une interdiction de manifester sans limitation géographique autre que l'étendue du territoire national et sans limitation temporelle autre que la durée du contrôle judiciaire. Pour écarter ces arguments, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'il appartiendra au juge judiciaire de procéder à une application proportionnée de cette interdiction, notamment lorsqu'il devra déterminer les lieux concernés par celle-ci.

Pour le Conseil constitutionnel, l'intervention du juge judiciaire apparaît donc comme un gage de conformité constitutionnelle sachant qu'il exclut *a priori* la

⁹⁰¹ Pierret Poncela, « La pénalisation des comportements dans l'espace public » (2010) 32 Archives de politique criminelle 13.

⁹⁰² Loi n° 2019-290, précit., article 7.

⁹⁰³ Ibid., article 8.

possibilité de prononcer des interdictions de participer à une manifestation sans la garantie d'un contrôle judiciaire.

Pourtant, la nouvelle loi du 10 avril 2019 précitée a introduit la possibilité pour l'autorité administrative d'interdire à une personne de participer à une manifestation sur la voie publique et, dans certains cas, de prendre part à toute manifestation sur l'ensemble du territoire national pour une durée d'un mois⁹⁰⁴. Cette nouvelle compétence octroyée à l'administration s'est directement inspirée des dispositions de l'article 5-3 de la *loi n° 55-385 du 5 avril 1955 relative à l'état d'urgence* qui avait notamment permis aux préfets de prendre des arrêtés d'interdiction de séjour dans le but d'empêcher la participation à des manifestations dans le cadre de la contestation de la « loi travail »⁹⁰⁵. Cette utilisation détournée des pouvoirs exceptionnels d'interdiction de séjour accordés aux autorités administratives à l'égard d'un risque d'attaque terroriste ayant justifié la mise en place du régime dérogatoire au droit commun de l'état d'urgence pour empêcher certains manifestants de participer à des rassemblements a néanmoins été censurée par le juge administratif et par le Conseil constitutionnel.

En effet, sous couvert de mesures portant interdiction de séjour prévues par l'article 5-3 de la *loi relative à l'état d'urgence*, le préfet de police avait édicté des interdictions de manifestation à l'endroit de certaines personnes. Cependant, aucune disposition de la loi de 1955 ne prévoit un tel pouvoir ; seul le juge pénal détient en

⁹⁰⁴ L'article 3 de la loi n° 2019-290 du 10 avril 2019, précit. a ajouté au *Code de la sécurité intérieure* un nouvel article L. 211-4-1 permettant au préfet d'interdire à une personne de participer à une manifestation lorsque « par ses agissements à l'occasion de manifestations sur la voie publique ayant donné lieu à des atteintes graves à l'intégrité physique des personnes ainsi qu'à des dommages importants aux biens ou par la commission d'un acte violent (...) elle constitue une menace pour l'ordre public ».

⁹⁰⁵ Voir : Cons. const., n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, *M. Emile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence]*. En l'espèce, le requérant avait fait l'objet d'un arrêté en date du 27 juin 2016 lui interdisant de se rendre dans certains arrondissements de Paris le 28 juin 2016 entre 11h et 20h et le 29 juin entre 18h et 7h du matin le lendemain. De cette manière, cette interdiction de séjour l'empêcher de participer aux rassemblements organisés ces mêmes jours contre la « loi travail ». Voir notamment : Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*, Paris, Dalloz, 2016, aux p. 89-91 ; Pauline Laborde, « Liberté de manifestation sous état d'urgence. Contribution à l'étude de l'impact de l'état d'urgence sur les libertés publiques », dans Hennette-Vaucheux Stéphanie, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux, *Ce qui reste(ra) toujours de l'état d'urgence*, Nanterre, Défenseur des droits, 2018.

principe cette compétence. En l'espèce, le juge des référés a censuré une telle utilisation détournée de ce pouvoir en estimant que le préfet de police qui a pris les arrêtés en question avait porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir et à la liberté de manifestation⁹⁰⁶. Pourtant, entre 2015 et 2017, plus de 683 interdictions de séjour ont été prises par les préfets sur le fondement de l'article 5-3 de la *loi de 1955*. Or, la quasi-totalité d'entre elles non seulement n'avaient pas de lien direct avec la menace terroriste mais poursuivaient l'objectif non dissimulé d'empêcher des personnes de participer à des manifestations⁹⁰⁷. Dans sa décision n° 2017-635 QPC rendue le 9 juin 2017, le Conseil constitutionnel a finalement censuré l'article 5-3 de la *loi de 1955*. Pour justifier cette déclaration d'inconstitutionnalité, le juge a pointé du doigt le manque de garanties légales entourant la mise en œuvre des interdictions de séjour⁹⁰⁸. En effet, un tel pouvoir d'interdiction préventive de séjourner à un certain endroit pour une durée précise permettant d'interdire la participation à une manifestation sape la garantie du contrôle judiciaire préalable à une telle décision.

La loi du 10 avril 2019 précitée ne prévoyait pas plus de garanties légales à l'égard de la mise en œuvre des interdictions administratives de manifester mentionnées dans son article 3 qui visait à ajouter dans le *Code de la sécurité intérieure* un nouvel article L. 211-4-1 permettant au préfet d'interdire à une personne de participer à une manifestation lorsque « par ses agissements à l'occasion de manifestations sur la voie publique ayant donné lieu à des atteintes graves à l'intégrité physique des personnes ainsi qu'à des dommages importants aux biens ou par la commission d'un acte violent (...) elle constitue une menace pour l'ordre public ». Néanmoins, d'une part, en tant qu'actes administratifs, les décisions d'interdiction de manifester prévues par cet article 3 ne pourraient bénéficier de la garantie d'un contrôle judiciaire préalable. Autrement dit, la décision d'interdire à une personne de participer à une manifestation n'appartiendrait alors plus au juge judiciaire mais à la seule autorité

⁹⁰⁶ TA Paris, 17 mai 2016, ord. n° 1607416/9.

⁹⁰⁷ Amnesty international « Un droit, pas une menace », rapport du 31 mai 2017, à la p. 20.

⁹⁰⁸ Cons. const., n° 2017-635, précit., au considérant 6.

administrative. D'autre part, bien que les interdictions de manifester puissent faire l'objet de la procédure d'urgence du référé-liberté consacré à l'article L. 521-2 du *Code de justice administrative*, encore faut-il que le juge administratif se prononce avant que la manifestation ait lieu. Or, cela peut s'avérer impossible dès lors que la disposition en question prévoyait la possibilité de notifier l'interdiction de manifester durant les heures précédant la manifestation et même pendant celle-ci.

Section 2. Une réserve de loi matérielle des limitations apportées à la libre participation à une manifestation au service de la sécurité juridique

La réserve de loi au sens formel se distingue de la réserve de loi au sens matériel dans la mesure où la première est une réserve de compétence au profit exclusif du législateur tandis que la seconde implique une exigence de qualité de la régulation peu importe que celle-ci soit d'origine législative ou infra-législative. Loin de se contredire, ces principes peuvent être complémentaires. C'est le cas en matière de restriction de la libre participation à une manifestation en droit français comme en droit espagnol. Le droit canadien est quant à lui dépourvu d'un principe de réserve de loi formelle. En effet, l'article premier de la *Charte canadienne* prévoit seulement que les droits et libertés garantis ne pourront être limités que par une « règle de droit ». Ainsi, à l'instar de la *Convention européenne*, on ne trouve en droit canadien qu'une exigence de réserve de loi au sens matériel qui se révèle être au service du principe de sécurité juridique intimement lié à la notion d'État de droit et en vertu duquel, pour être valide au sein d'un système juridique, une norme doit être suffisamment précise afin de permettre aux citoyens de régler leur conduite et qu'ils puissent raisonnablement prévoir les conséquences juridiques de leurs actes. On parlera alors d'exigences matérielles de prévisibilité ou encore de clarté (A). Bien que l'on retrouve l'affirmation de ces exigences, sous des appellations différentes, au sein des trois systèmes constitutionnels étudiés, l'effectivité des garanties qui en découlent trouve cependant des limites au bénéfice des autorités à l'origine de la restriction de la libre participation à une manifestation (B).

A. L'exigence matérielle de la réserve de loi en matière de limitation de la libre participation à une manifestation

1. Le délitement de l'exigence formelle de la réserve de loi dans le modèle européen

Bien que les textes concernant les droits fondamentaux dans les systèmes juridiques français et espagnols posent une réserve de loi formelle, celle-ci n'apparaît pas dans le droit de la *Convention européenne* qui lie les juges français et espagnol. En effet, on n'y trouve pas le principe de « réserve de loi » tel qu'il est entendu dans les Constitutions française et espagnole et qui suppose, d'une part, une compétence de principe au profit du législateur et, d'autre part, l'exclusion de la compétence gouvernementale en matière de droit de manifester.

En effet, l'article 11-2 de la *Convention européenne* pose le principe selon lequel l'exercice du droit de réunion pacifique ne peut faire l'objet de restrictions « prévues par la loi ». La Cour européenne des droits de l'Homme a eu plusieurs occasions pour préciser ce qu'elle entendait par « prévue par la loi » en indiquant que cette expression, au sens de la *Convention européenne*, signifie que la mesure incriminée doit avoir un fondement en droit interne⁹⁰⁹. Ainsi le principe de « réserve de loi » en droit de la *Convention* signifie seulement qu'une atteinte à un droit reconnu est possible seulement si elle dispose d'un fondement juridique, qu'il soit législatif ou infra-législatif. En outre, pour la Cour de Strasbourg, on « *ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite [...] il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* »⁹¹⁰. On retrouve pareilles exigences matérielles de prévisibilité dans les dispositions restreignant l'exercice de la liberté de réunion pacifique au sein des systèmes constitutionnels français et espagnol.

⁹⁰⁹ *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, CEDH, 11801/85, au para. 27.

⁹¹⁰ *Ezelin c. France*, précit., au para 45 ; *Muller et al. c. Suisse*, 24 mai 1988, CEDH, 10737/84, au para. 29.

En effet, l'article 9.3 de la *Constitution espagnole* énonce :

« La constitution garantit le principe de légalité, la hiérarchie et la publicité de la norme, la non-rétroactivité des dispositions impliquant des sanctions qui ne favorisent pas ou qui restreignent les droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité des pouvoirs publics et l'interdiction de toute action arbitraire de leur part ».

Le respect de tous ces principes consacrés et étroitement imbriqués les uns avec les autres garantissent l'État de droit⁹¹¹ reconnu à l'article premier de la *Constitution espagnole*⁹¹². Ainsi, le Tribunal constitutionnel contrôle non seulement l'aspect formel de la réserve de loi organique absolue mais également les « défauts de technique législative » dès lors qu'ils affectent le principe de sécurité juridique⁹¹³.

Ainsi, même si une limite à l'exercice de la liberté de réunion pacifique peut être constitutionnellement fondée et proportionnée, elle est susceptible de porter atteinte à l'article 21 de la *Constitution* dès lors qu'il existe une indétermination quant aux cas auxquels elle s'applique du fait de son imprécision. Dès lors, la loi ne remplit plus sa fonction de garante du droit fondamental de réunion pacifique puisqu'elle laisse opérer à sa place la volonté de l'organe qui doit l'appliquer, portant ce faisant atteinte tant à l'efficacité du droit fondamental de réunion pacifique qu'au principe de sécurité juridique⁹¹⁴. C'est en ce sens qu'un recours en inconstitutionnalité formé à l'encontre de la *ley organica 4/2015 relative à la protection de la sécurité citoyenne*⁹¹⁵ a soulevé la non-conformité de certaines dispositions de celle-ci aux exigences de clarté et de prévisibilité attachées au principe de sécurité juridique reconnu à l'article 9-3 de la *Constitution espagnole*. En effet, en vertu de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, les infractions pénales ou administratives doivent utiliser des termes

⁹¹¹ Voir : STC, 27/1981, 20 juillet 1981 FJ 10 ; STC, 15/1986, 31 janvier 1986, FJ 2 ; STC, 36/1991, 14 février 1991, FJ 5.

⁹¹² *Constitution espagnole*, article 1^{er} :

« L'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui défend comme valeurs supérieures de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité, dans la liberté ».

⁹¹³ STC, 273/2000, 15 novembre 2000, FJ 10.

⁹¹⁴ STC 292/2000, 30 novembre 2000, FJ 15.

⁹¹⁵ Ce recours en inconstitutionnalité, bien qu'il ait été admis par le Tribunal constitutionnel depuis le 9 juin 2015 sous le n° 2896-2015, reste à ce jour en suspens.

raisonnablement clairs et précis⁹¹⁶ pour empêcher que les juges et l'administration ne se substituent au législateur en les interprétant. Des formulations trop vagues leur permettraient, en effet, de créer de nouvelles infractions qui n'ont pas expressément été prévues par la loi ; une attitude qui irait à l'encontre du principe de réserve de loi.

Si l'on peut retrouver sensiblement les mêmes préoccupations en droit français, le Conseil constitutionnel ne dispose malheureusement pas de normes de référence aussi précises que celles contenues dans la *Constitution espagnole* pour garantir la sécurité juridique. Ainsi, c'est de son propre chef qu'il a déclaré l'intelligibilité de la loi en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle posant ainsi le premier jalon d'une politique en faveur de la qualité formelle des normes⁹¹⁷.

Le 9 juin 2017, dans sa décision n° 2017-635 QPC déjà mentionnée, le Conseil constitutionnel a effectivement enjoint le législateur à encadrer rigoureusement les conditions de mise en œuvre du pouvoir d'interdiction de séjour. En l'espèce, le requérant avait fait l'objet d'un arrêté d'interdiction de séjour l'empêchant de participer aux manifestations contre la « loi travail » qui ont eu lieu en 2016. Il avait alors contesté la mesure litigieuse devant le Tribunal administratif de Montreuil en soulevant une QPC concernant l'article 5-3 de la *loi relative à l'état d'urgence*. Celle-ci a été transmise au Conseil d'État par une ordonnance en date du 18 janvier 2017.

Selon le Conseil constitutionnel qui a finalement statué sur l'affaire, « en prévoyant qu'une interdiction de séjour peut être prononcée à l'encontre de toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit l'action des pouvoirs publics », le législateur a utilisé des termes si vagues qu'ils pourraient inclure tout citoyen désireux d'aller manifester. En effet, « l'entrave à l'action des pouvoirs publics » est une notion floue qui peut dépasser le simple cadre de la menace à l'ordre public. L'administration se trouverait alors dotée d'une large marge de manœuvre

⁹¹⁶ Voir ; STC, 69/1989, 20 avril 1989, FJ 1 ; STC, 137/1997, 21 juillet 1997, FJ 7.

⁹¹⁷ Laurence Gay, « Le contrôle des qualités formelles de la loi en droit constitutionnel comparé : France, Espagne et Canada », dans *Autour de la qualité des normes. Actes du colloque d'Aix-en-Provence des 24 et 25 octobre 2008*, Bruxelles, Bruylant, à la p. 105.

pouvant entraînant une forme d'insécurité juridique⁹¹⁸. Or, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « le législateur doit prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelle le soin de fixer les règles dont la détermination est confiée par la Constitution qu'à la loi »⁹¹⁹. En vertu du principe de sécurité juridique, le législateur se doit donc de préciser lui-même les règles de mise en œuvre d'une loi. Or, pour le juge constitutionnel, l'article 5-3 de *la loi de 1955 sur l'état d'urgence* ne prévoyait pas de manière suffisamment précise les conditions de mise en œuvre du pouvoir d'interdiction de séjour de l'autorité administrative.

Plus récemment, dans sa décision du 4 avril 2019 précitée⁹²⁰, le Conseil constitutionnel a censuré l'article 3 de la nouvelle loi de 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations au motif qu'il laissait à l'autorité administrative une latitude trop grande s'agissant de l'appréciation des motifs susceptibles de justifier l'interdiction de manifester⁹²¹. En effet, le juge constitutionnel a relevé le caractère imprécis et ambigu des raisons pouvant motiver une décision d'interdiction de manifester de la part de l'autorité administrative. Or, en vertu de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, une telle disposition est inconstitutionnelle dès lors qu'elle permet à l'administration d'interdire à un citoyen la participation à toute manifestation et ce de manière possiblement indéfinie.

2. La « règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*

⁹¹⁸ Pauline Laborde, « Liberté de manifestation sous état d'urgence. Contribution à l'étude de l'impact de l'état d'urgence sur les libertés publiques », op. cit.

⁹¹⁹ Voir : Cons. const., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la sécurité de l'information*, au considérant 9 ; Cons. const., n° 2011-644 DC, 28 décembre 2011, *Loi de finance*, aux considérants 7 et 16 ; Cons. const., n° 2013-685 DC, 29 décembre 2013, *Loi de finance pour 2014*, au considérant 88.

⁹²⁰ Cons. const., n° 2019-780 DC, précit., au considérant 23.

⁹²¹ Ibid.

En droit canadien, c'est une même conception élargie de la « loi » qui a été adoptée par les juridictions canadiennes. En effet, en vertu de l'article premier de la *Charte*, le droit de participer à une manifestation pacifique, en tant qu'exercice des libertés d'expression et de réunion pacifique, peut être limité par une « règle de droit » entendue ici comme une « norme juridique intelligible »⁹²² qui ne désigne pas seulement les actes législatifs mais aussi les actes émanant d'une autorité exécutive ou juridictionnelle.

En droit canadien, la participation à une manifestation peut tout d'abord être empêchée par voie d'injonction des juges à travers une ordonnance judiciaire qui doit avoir pour objet de faire cesser des conduites fautives. Or, s'agissant des manifestations, nombreuses sont les conduites qui sont susceptibles d'entraîner la responsabilité civile ou pénale des participants. C'est notamment le cas du délit d'incitation à la rupture d'un contrat par des manifestations protestant contre une entreprise particulière⁹²³. Pour autant, si l'on reconnaît que l'exercice de la manifestation est constitutif d'une forme d'expression et d'une modalité de réunion constitutionnellement protégée par la *Charte canadienne*, la participation à une manifestation ne peut pas être considérée comme une conduite délictuelle *per se*⁹²⁴. D'autre part, les délits susceptibles d'être commis à l'occasion d'une manifestation doivent, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, constituer une limite raisonnable pouvant se justifier au sein d'une société libre et démocratique. Autrement dit, une injonction ayant pour objet l'interdiction de manifester ne doit pas simplement viser une manifestation projetée mais un délit particulier constitutionnellement admis.

Or, selon le paragraphe 91 (27) de la *Loi constitutionnelle* de 1867, le droit criminel est une matière exclusivement réservée à la compétence du Parlement fédéral.

⁹²² Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Québec) Canada, Éditions Yvon Blais, 2014, à la p. 1016.

⁹²³ Voir : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.* [1986] 2 R.C.S. 573 ; *SDGMR, section local 558 c. Pepsi Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, à la p. 171.

⁹²⁴ Ce qui a été confirmé par la Cour suprême dans l'arrêt *Pepsi Cola* de 2002 qui a mis fin à la théorie de l'illégalité intrinsèque des piquets de grève se tenant en dehors des lieux de travail.

Autrement dit, incriminer la participation à une réunion pacifique relève exclusivement de la compétence du législateur fédéral. Toutefois, le paragraphe 92 (15) de la même loi prévoit que les assemblées provinciales détiennent une compétence exclusive pour « infliger des punitions par voie d'amendes, de peines ou d'emprisonnement en vue de faire respecter une loi provinciale » valide. Par ailleurs, l'article 92 (16) donne la compétence aux législateurs provinciaux de légiférer « généralement [dans] toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province ». Ainsi, la province conserve un large pouvoir de limiter la liberté de participer à une manifestation. Par ailleurs, avec le truchement de la théorie du *double aspect* qui permet d'atténuer le principe de partage des compétences, une mesure de nature réglementaire peut sanctionner la participation à une manifestation au même titre qu'une loi criminelle sans qu'elle soit censurée au motif d'empiéter sur les compétences fédérales en matière criminelle. C'est ainsi que le controversé *Règlement P-6* sanctionnait la participation à une manifestation qui moleste, bouscule les autres citoyens en utilisant le domaine public à cette occasion et qui gêne le mouvement, la marche ou la présence de ces citoyens⁹²⁵. Ce règlement municipal de la ville de Montréal (qui est aujourd'hui abrogé) prévoyait également l'interdiction de participer à une manifestation « en possession d'un objet contondant » qui ne serait « pas utilisé aux fins auxquelles il est destiné »⁹²⁶ ou avec « le visage couvert sans motif raisonnable »⁹²⁷.

Un tel règlement municipal a soulevé des interrogations quant à sa validité au regard du principe de compétence pleine et entière du Parlement fédéral en matière de création d'une infraction criminelle. Toutefois, pour les juges canadiens, dès lors que l'objet d'un règlement municipal porte sur la jouissance des lieux publics et le maintien de la paix, il n'empiète pas sur les compétences du pouvoir fédéral. Ainsi, dans l'arrêt *Dupond* de 1970, les juges de la Cour suprême canadienne ont maintenu la validité du *Règlement concernant certaines mesures exceptionnelles pour assurer aux citoyens la*

⁹²⁵ *Règlement P-6*, article 3.

⁹²⁶ *Ibid.*, article 3.1.

⁹²⁷ *Ibid.*, article 3.2.

paisible jouissance de leurs libertés, régler l'utilisation du domaine public et prévenir les émeutes et autres troubles de l'ordre, de la paix et de la sécurité publics (n° 3926) sur lequel se fondait une ordonnance interdisant toute manifestation sur le domaine public de la ville de Montréal pour une durée de 30 jours⁹²⁸. En effet, selon les juges, le règlement en question visait non seulement « une matière de nature purement locale dans la province », au sens du paragraphe (16) de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle* de 1867, mais également le domaine des institutions municipales dans la province⁹²⁹, la propriété et les droits civils dans la province⁹³⁰, l'administration de la justice dans la province⁹³¹ et enfin l'infliction d'une punition par voie d'amende, pénalité ou emprisonnement dans le but de faire exécuter toute loi de la province⁹³². À l'inverse, certains juges minoritaires avaient déterminé que la disposition contestée et l'ordonnance d'interdiction générale de manifester dans la ville pour une période de 30 jours revêtaient un caractère répressif relevant de la compétence fédérale en matière criminelle⁹³³. Ainsi, en admettant dès 1970 que les législateurs provinciaux pouvaient venir compléter les délits relatifs à la participation à une manifestation prévus dans le *Code criminel* fédéral par des mesures réglementaires, les juges de la Cour suprême ont condamné et annihilé toute possibilité de déclarer une infraction réglementaire *ultra vires* en matière de limitation de l'exercice de la liberté de manifestation pacifique.

Par ailleurs, même si une loi provinciale peut, par voie d'habilitation, octroyer à une autorité réglementaire le pouvoir de limiter l'exercice de la liberté de manifestation dans les domaines qui relèvent de sa compétence, un règlement municipal peut être annulé s'il est déraisonnable et arbitraire. Lorsqu'une assemblée législative adopte un texte aux termes imprécis de sorte qu'il attribue un pouvoir discrétionnaire aux autorités compétentes, il peut être invalidé au motif de l'existence

⁹²⁸ *Dupond c. Ville de Montréal et autres* [1978] 2 R.C.S., à la p. 792.

⁹²⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, précit., au para. 92 (8).

⁹³⁰ *Ibid.*, au para. 92 (13).

⁹³¹ *Ibid.*, au para. 92 (14).

⁹³² *Ibid.*, au para. 92 (15).

⁹³³ *Dupond c. Ville de Montréal et autres*, précit., aux p. 775-781.

d'une « sous-délégation » illégale⁹³⁴ dans la mesure où elle ne serait « pas conforme à la raison d'être du schéma législatif lui conférant le pouvoir de l'adopter »⁹³⁵. Selon la Cour suprême canadienne, une disposition est frappée d'imprécision lorsqu'elle « ne constitue pas un guide suffisant pour un débat judiciaire ou ne fournit pas le fondement d'une interprétation judiciaire cohérente et délimitant suffisamment une sphère de risque pour le citoyen auquel elle s'applique »⁹³⁶.

B. Les limites de la garantie du principe de clarté de la loi en matière d'encadrement de la liberté de participer à une manifestation

1. Le grief d'imprécision de la disposition limitative de la libre participation à une manifestation au bénéfice de l'auteur

Bien que le défaut de précision d'une loi puisse, en principe, être un argument admis pour mettre en cause sa validité au sein d'un système juridique, notamment en vertu du principe de primauté du droit, il semble que celui-ci peine à justifier à lui seul une déclaration d'inconstitutionnalité d'un texte législatif.

Dans sa décision du 15 mars 1990, le Tribunal constitutionnel espagnol a fait de la clarté des lois une exigence autonome en affirmant que le législateur doit poursuivre « la clarté et non la confusion normative »⁹³⁷. Autrement dit, il doit faire en sorte que les opérateurs juridiques et les citoyens sachent à quoi s'en tenir et éviter de provoquer des situations objectivement confuses⁹³⁸. Au fil des années, le Tribunal constitutionnel a dégagé une formule type à travers laquelle il répète que la sécurité juridique doit s'entendre comme la certitude du droit, la prévisibilité des effets de son application ainsi que la clarté et l'absence de confusion normative⁹³⁹. Pourtant, il n'a

⁹³⁴ *Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario* [1973] R.C.S. 131.

⁹³⁵ *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (district)* [2012] 1 R.C.S. 5.

⁹³⁶ *Montréal c. Arcades Amusements* [1985] 1 R.C.S. 368.

⁹³⁷ STC, 46/1990, 15 mars 1990, FJ 4.

⁹³⁸ *Ibid.*

⁹³⁹ Voir, par exemple : STC 104/2000, 13 avril 2000, FJ 7 ; STC, 234/2001, 13 décembre 2001, FJ 9 ; STC, 96/2002, 25 avril 2002, FJ 5.

jamais censuré une loi en se fondant exclusivement sur son manque de précision⁹⁴⁰ mais s'est contenté de rappeler fréquemment les limites au contrôle des qualités formelles d'un texte législatif. Sa jurisprudence sur la clarté de la loi ne fait pas obstacle au maintien du principe selon lequel le jugement de constitutionnalité n'est pas celui de la technique législative⁹⁴¹. Ainsi, il ne lui revient pas de se prononcer sur la qualité rédactionnelle des textes législatifs⁹⁴². Il affirme encore n'être pas juge de la « correction technique, l'opportunité ou l'utilité des lois »⁹⁴³. Si le Tribunal constitutionnel n'hésite pas à pointer les défauts de certaines techniques rédactionnelles comme celle des renvois législatifs⁹⁴⁴, il se refuse à les sanctionner en l'absence d'atteinte manifeste au principe de sécurité juridique en général et d'atteinte manifeste à un droit garanti en particulier. Ainsi, il convient de ne pas confondre la garantie de la réserve de loi et la protection d'une liberté garantie. Le juge constitutionnel espagnol n'a pas à intervenir dans les choix opérés par le législateur et doit donc apprécier largement le rapport de conformité de la norme législative à la norme constitutionnelle. Cette volonté de laisser au législateur une marge d'action importante et de ne porter atteinte à sa liberté d'appréciation se manifeste dans diverses décisions⁹⁴⁵, notamment lorsqu'est contestée une loi encadrant l'exercice d'une liberté. En effet, si le juge constitutionnel accueillait trop facilement le moyen tiré de la violation d'une liberté consacrée pour prononcer l'inconstitutionnalité d'une loi, il n'y aurait plus de place pour le pouvoir discrétionnaire du législateur. Parfois, on retrouve pareille volonté de laisser au législateur une marge d'action importante au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français⁹⁴⁶, soucieux à l'instar du juge espagnol « de ne pas

⁹⁴⁰ Laurence Gay, « Le contrôle des qualités formelles de la loi en droit constitutionnel comparé : France, Espagne et Canada », op. cit., à la p. 129.

⁹⁴¹ Voir : STC, 109/1987, 29 juin 1987 FJ 3 ; STC, 226/1993, 8 juillet 1993, FJ 4 ; STC, 341/1993, 18 novembre 1993, FJ 2.

⁹⁴² STC, 226/1993, 8 juillet 1993, FJ 4.

⁹⁴³ STC, 341/1993, 18 novembre 1993, FJ 2.

⁹⁴⁴ STC, 226/1993, 8 juillet 1993, FJ 4.

⁹⁴⁵ Louis Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982 » (1983) 1 RDP 333.

⁹⁴⁶ Voir, par exemple : Cons. const., n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle* ; Cons. const., n° 81-133 DC, 30 décembre 1981, *Loi de finances pour 1982* ; Cons. const.,

empiéter sur le pouvoir d'appréciation du parlement sous couvert de traque de malfaçon normative ». Néanmoins, de manière générale, cette attitude, contraste avec celle des juges canadiens et français⁹⁴⁷.

Dans l'arrêt *Irwin Toy* de 1989, pour la première fois, les juges de la Cour suprême canadienne ont décidé qu'une loi trop imprécise pouvait ne pas constituer une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*⁹⁴⁸. Ainsi, la Cour suprême a admis qu'un texte manquant de précision pouvait conduire à restreindre une liberté consacrée au-delà de ce qui est nécessaire. L'examen de la nécessité est une étape du test de proportionnalité auquel procèdent les juges canadiens au moment de contrôler la constitutionnalité d'une violation d'un droit consacré. La fonction assignée à l'exigence de précision de la loi est d'éviter de laisser une « large place à l'arbitraire »⁹⁴⁹ dans l'appréciation des mesures de limitation des droits et libertés consacrés. Ainsi, même si la Cour suprême établit un lien entre le grief de l'imprécision et la « portée excessive » du texte, l'imprécision est une cause parmi d'autres de la portée excessive d'un texte. Sa mise en évidence permet au juge de conclure en l'espèce que l'atteinte portée à la liberté n'est pas minimale et donc qu'elle ne constitue pas une « restriction raisonnable » au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*⁹⁵⁰. L'éventuelle imprécision ou trop grande généralité de l'énoncé n'est qu'un élément concourant à l'analyse du rapport de proportionnalité entre les moyens employés et l'objectif poursuivi. Au stade de l'examen de la proportionnalité, ce qu'on appelle « portée excessive » peut découler de l'imprécision de la loi ou d'une autre cause. Ainsi, la portée excessive reste un outil analytique servant à établir une atteinte à un

n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des commerces relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des français établis hors de France sur les listes électorales* ; Cons. const., n° 82-152 DC, 14 janvier 1983, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité sociale*.

⁹⁴⁷ Laurence Gay, « Le contrôle des qualités formelles de la loi en droit constitutionnel comparé : France, Espagne et Canada », op. cit., à la p. 118.

⁹⁴⁸ *Irwin Toy Ltd. c. Québec*, précit.

⁹⁴⁹ Laurence Gay, « Le contrôle des qualités formelles de la loi en droit constitutionnel comparé : France, Espagne et Canada », op. cit., à la p. 108.

⁹⁵⁰ *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)* [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 24.

droit garanti par la *Charte*⁹⁵¹. L'imprécision relevée au regard de l'exigence d'une atteinte minimale n'est pas indépendante d'un constat, sur le fond, d'une restriction disproportionnée à un droit⁹⁵².

Il en va de même pour le juge constitutionnel français. Dans la décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017, celui-ci a en effet considéré qu'« en prévoyant qu'une interdiction de séjour puisse être prononcée à l'encontre de toute personne « cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics », le législateur a permis le prononcé d'une telle mesure sans que celle-ci soit nécessairement justifiée par la prévention d'une atteinte à l'ordre public ». Ici, le Conseil constitutionnel a pointé du doigt l'imprécision des termes de la disposition contestée susceptible de s'appliquer de manière excessive. C'est en considérant cette portée excessive sur des droits garantis que le juge constitutionnel a fondé sa décision d'inconstitutionnalité de l'article 5-3 de la *loi du 3 avril 1955*.

De la même manière que dans sa décision du 4 avril 2019⁹⁵³, le Conseil constitutionnel a censuré l'article 3 de la *loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations* au motif que cette disposition, on l'a vu, laissait à l'autorité administrative une trop grande latitude dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier une interdiction de manifester⁹⁵⁴. Comme en droit canadien, l'imprécision des termes est directement rattachée à la portée excessive de la disposition. Ainsi, ce n'est pas l'imprécision *per se* qui fonde l'inconstitutionnalité de l'article 3 précité mais son effet non nécessaire et disproportionné⁹⁵⁵ à l'égard des libertés garanties.

Autrement dit, au sein des trois ordres juridiques étudiés, pour que l'imprécision des termes d'une disposition limitative de la liberté de participer à une

⁹⁵¹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society* [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 609.

⁹⁵² Laurence Gay, « Le contrôle des qualités formelles de la loi en droit constitutionnel comparé : France, Espagne et Canada », *op. cit.*, à la p. 128.

⁹⁵³ Cons. const., n° 2019-780, précit., au considérant 23.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ *Ibid.*, au considérant 26.

manifestation pacifique puisse permettre de censurer cette dernière, elle doit être relevée dans le cadre d'un contrôle de nécessité et de proportionnalité des atteintes aux droits garantis tels que les libertés d'expression et de réunion pacifique.

CHAPITRE 6

L'EXTENSION DES INFRACTIONS DE TROUBLES À L'ORDRE PUBLIC

La sauvegarde de l'ordre public apparaît comme la condition essentielle d'une limitation à l'exercice des droits fondamentaux et des libertés publiques parmi lesquels figure la liberté de manifestation. L'exercice de cette dernière suppose un rassemblement de personnes dans l'espace public aux fins d'exprimer une opinion collective. La manifestation implique donc, en elle-même, une perturbation de l'utilisation normale de l'espace public sans laquelle elle court le risque d'être amputée de son impact communicatif et donc d'être vidée de son caractère expressif. Or, la concentration d'un certain nombre de personnes à un même endroit dans le cadre d'une manifestation est susceptible de mettre à mal l'ordre et la sécurité au respect desquels est soumis l'exercice des droits et libertés. De cette façon, l'argument de la sauvegarde de l'ordre public constitue un fondement des compétences législatives et réglementaires visant à restreindre l'exercice de la liberté de manifestation dès lors que celui-ci est susceptible de la mettre effectivement à mal. Encore faut-il pouvoir délimiter la notion de sauvegarde de l'ordre public qui fonde la compétence tant pénale que réglementaire des restrictions apportées à la liberté de manifestation (Sous-chapitre 1).

Parmi les manifestations délictueuses, on trouve les manifestations violentes mais également les manifestations susceptibles de l'être à travers le délit d'attroupement délictueux qui est une manifestation séditionneuse⁹⁵⁶ et donc échappe aux

⁹⁵⁶ Jacques Robert, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 1988.

garanties de la liberté de manifestation. Il règne, en effet, autour de l'attroupement « une présomption de volonté de troubler l'ordre public, de causer des incidents, de susciter des mouvements subversifs »⁹⁵⁷. Or, plus la présomption de troubles à l'ordre public est importante - à travers un élargissement soit de la catégorie des manifestations délictueuses, soit de la catégorie des comportements susceptibles de troubler l'ordre public dans le cadre d'une manifestation -, moins les garanties de la liberté de réunion pacifique trouveront application au regard de la manifestation (Sous-chapitre 2).

Sous-chapitre 1. L'extension de la compétence de créer des infractions de troubles à l'ordre public

Bien que la doctrine et la jurisprudence tentent de rattacher la sauvegarde de l'ordre public à une multitude de notions, il demeure une grande confusion quant à son véritable fondement constitutionnel. En droit français, la sauvegarde de l'ordre public peut se rattacher tantôt à l'intérêt général⁹⁵⁸, tantôt à la continuité de l'État⁹⁵⁹. En droit espagnol, celui-ci semble être relié aussi bien à la sécurité publique qu'à la sécurité des citoyens^{960 961}. En droit canadien, la sauvegarde de l'ordre public paraît constituer un

⁹⁵⁷ Jacques Robert, « La manifestation de rue » (2006) RDP.

⁹⁵⁸ Jean-Eric Schoettl, « Intérêt général et Constitution », E.D.C.E., n 50, 1999, p.378 ; Guillaume Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2004, pp. 125-131 ; Christophe Vimbert, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » (1994) RDP 704.

⁹⁵⁹ Jean -Paul Markus, « La continuité de l'État en droit public interne » (1999) RDP 1082-1083.

⁹⁶⁰ Les expressions de « sécurité publique » ou de « sécurité des citoyens » ont été interprétées par la doctrine et par la jurisprudence espagnoles comme désignant « l'activité dirigée à la protection de personnes et des biens et au maintien de la tranquillité publique ». Cependant, le droit positif espagnol, ne prévoit pas en réalité de définition *stricto sensu* de ces notions. Le Conseil général du pouvoir judiciaire (*Consejo general del poder judicial*) ainsi qu'un mouvement jurisprudentiel prédominant considèrent toutefois que ces deux notions ont des contenus essentiellement différents : la sécurité publique se définit comme l'activité dirigée à la protection des personnes et des biens, au maintien de leur sécurité, en plus de comprendre d'autres fonctions comme celle de la protection civile tandis que la sécurité des citoyens désigne l'état dans lequel les citoyens jouissent d'une situation de tranquillité et de stabilité qui leur permet d'exercer librement et de manière responsable les droits et libertés qui leur sont reconnus constitutionnellement. Pour autant, dans plusieurs décisions du Tribunal constitutionnel, sécurité publique et sécurité des citoyens sont synonymes et partagent donc la même signification ; celle de protection de l'ordre public.

⁹⁶¹ Voir le préambule de la *Ley organica de proteccion y seguridad ciudadana* :

« La constitucion espanola de 1978 asumio el concepto de seguridad ciudadana (articulo 104.1), asi como el de seguridad publica (articulo 149.1.29). Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretandos dos matices, estos

intérêt légitime admis par les juges. En dépit de cette difficulté de déterminer son ancrage constitutionnel, il semble qu'au sein des trois systèmes constitutionnels étudiés, la sauvegarde de l'ordre public justifie la compétence législative en matière d'infractions pénales. Ainsi, le législateur se retrouve compétent à la fois pour garantir l'exercice des droits et libertés fondamentales mais également la sauvegarde de l'ordre public permettant sa limitation. En réalité, une telle interprétation de la compétence du législateur s'accorde avec le principe selon lequel les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés qui leur sont reconnues implique la détermination de limites⁹⁶². En ce sens, la compétence législative, à l'heure de créer des infractions pénales susceptibles de heurter l'exercice de libertés fondamentales comme celle de manifester collectivement son opinion dans l'espace public, doit être guidée par le principe de conciliation de l'exigence de sauvegarde de l'ordre public et de garantie d'un droit effectif de manifester. Pour ce faire, il est essentiel que la notion d'ordre public justifiant la mise en place d'infractions pénales d'atteinte à l'ordre public soit rigoureusement délimitée, sans quoi la compétence législative de créer des infractions pénales aux fins de sauvegarde de l'ordre public est susceptible d'empiéter sur les garanties d'un droit à la liberté de manifestation jusqu'à, éventuellement, le réduire à néant (Section 1). La sauvegarde de l'ordre public ne fonde pas seulement la compétence législative en matière pénale mais aussi la compétence des autorités chargées d'assurer l'ordre public dans l'espace public. Cette mission revient naturellement aux organes exécutifs. Or, la compétence de ces derniers en matière d'ordre public, à la différence de la compétence législative en matière pénale dont la finalité est répressive, a une finalité préventive. De cette manière, la sauvegarde de l'ordre public offre un large fondement à la compétence législative comme à la compétence réglementaire. Ainsi, l'exercice de la manifestation se retrouve doublement limité par des infractions législatives pénales d'atteinte à la paix publique

dos conceptos como sinonimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la proteccion de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana ».

⁹⁶² Jean Waline, *Droit administratif*, 24^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2012, à la p. 351.

et par des réglementations qui ont pour finalité de prévenir les troubles à l'ordre public dans l'espace public. Cependant, le défaut de limitation de la notion d'ordre public en matière d'utilisation de l'espace public à des fins de manifestation emporte des effets susceptibles d'annihiler de fait la liberté de manifestation (Section 2).

Section 1. Les infractions pénales d'atteinte à la paix publique

Les délits d'atteinte à la paix publique sont nécessairement d'origine législative. En effet, en matière pénale, la réserve de loi est absolue, substantielle et générale⁹⁶³. La réserve de loi, au sens formel, implique que seul le législateur peut encadrer certaines matières parmi lesquelles figure le droit pénal. En droit espagnol, le fondement de chaque infraction est l'intérêt constitutionnel qu'elle protège. Selon la théorie de l'intérêt protégé, une norme pénale ou, plus largement, toute restriction à l'exercice d'un droit fondamental, n'est permise que si elle protège un « intérêt ». En d'autres termes, le comportement répréhensible doit forcément constituer une atteinte à un autre droit ou à un intérêt protégé par l'ordre juridique⁹⁶⁴. Selon Hans Kelsen, cette idée est « présumée » dans les « lois des peuples civilisés ». Le dogme de l'intérêt protégé est particulièrement ancré dans la doctrine pénale. Si le juge constitutionnel espagnol s'appuie systématiquement sur le texte de la *Constitution* pour contrôler la conformité constitutionnelle des infractions de désordre public et vérifier si l'objectif poursuivi par le législateur peut se rattacher à la protection d'un intérêt constitutionnellement et explicitement protégé⁹⁶⁵, le juge français vérifie quant à lui la constitutionnalité de ces mêmes infractions au regard d'un objectif de valeur

⁹⁶³ Margarita Roig Torres, « Sobre la imposibilidad de crear delitos y establecer penas mediante decretos leyes », dans Juan Carlos Carbonell Ateu (coord.), José Luis Gonzalez Cussac (coord.), Enrique Orts Berenguer (coord.), Maria Luisa Cuerda Amau (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Anton)*, Tomo II, Tirant lo Blanch, 2009, à la p. 1674.

⁹⁶⁴ Thomas Hochmann, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression : étude de droit comparé*, Paris, Pédone, coll. « Publications Institut international des droits de l'Homme », 2013, à la p. 37.

⁹⁶⁵ Voir, par exemple : STC, 292/2000, 30 novembre 2000, FJ 11.

constitutionnelle qu'il a lui-même dégagé. De la même manière, les juges canadiens ont adopté la notion d'intérêt légitime pour contrôler la conciliation entre l'objectif que poursuit les infractions de délit d'attroupement troublant l'ordre public et les garanties de la liberté de manifestation (A). Bien que l'intérêt protégé justifiant les infractions pénales d'atteinte à la paix publique ne trouve pas le même fondement d'un système constitutionnel à l'autre, il semble que celui-ci soit le même : la sauvegarde de l'ordre public.

En droit français et canadien, il est tout de même permis de douter du fondement constitutionnel de la sauvegarde de l'ordre public en tant que justification de la mise en place d'infractions pénales. Au problème de fondement s'ajoute celui de la délimitation de cette notion. En effet, si la sauvegarde de l'ordre public peut justifier l'existence d'infractions poursuivant sa protection, il est nécessaire de doter l'ordre public d'un contenu précis. Or, cette notion ne semble pas trouver de bornes claires, de sorte qu'il a été possible d'en retenir une acception immatérielle (B).

A. Le fondement de la compétence de créer des infractions pénales d'atteinte à la paix publique

1. L'origine législative du délit d'attroupement

La compétence générale législative de limiter l'exercice de la liberté de manifester par des infractions pénales trouve son fondement dans la réserve de loi classique.

Aucune liberté n'étant absolue, la plupart des ordres juridiques prévoient une réserve de loi qui constitue une « marge de manœuvre » laissée aux organes compétents pour encadrer, et donc limiter, l'exercice des droits et libertés fondamentaux.

Cependant, il existe plusieurs types de réserve de loi. Il convient effectivement de distinguer la réserve de loi absolue de la réserve de loi relative. La première ne permet aucune délégation, c'est le cas notamment en droit espagnol en matière d'infractions pénales limitant l'exercice de la liberté de manifestation pacifique.

L'action législative en la matière, on l'a déjà relevé est garantie par une réserve de loi organique en vertu de l'article 81 de la *Constitution espagnole* :

« 1. Les lois organiques sont celles qui se réfèrent au développement des droits fondamentaux et des libertés publiques [...] ».

D'autre part, en droit espagnol, la réserve de loi pénale est également absolue. Ainsi, les infractions pénales susceptibles de restreindre la liberté de manifestation pacifique ne peuvent être fondées que sur une loi organique qui suppose une approbation renforcée, à savoir la majorité absolue du Congrès des députés. De cette façon, au sein du système constitutionnel espagnol, une infraction pénale restreignant l'exercice de la liberté de manifestation bénéficie d'une double réserve de loi : d'une part, du fait qu'elle concerne le développement d'un droit constitutionnellement consacré ; d'autre part, parce qu'elle porte sur une matière de droit pénal pour laquelle l'État central jouit d'une compétence exclusive en vertu de l'article 149-6 de la *Constitution*⁹⁶⁶. C'est à travers la *ley organica 1/2015* sur la modification de la *ley organica 10/1995* du 23 novembre 1995 concernant le *Code pénal*⁹⁶⁷ que l'article 557 bis a été introduit dans ce dernier. Cette disposition énumère toute une série de circonstances aggravantes en matière de désordre public, parmi lesquelles figurent les altérations à la paix publique qui se produisent dans le cadre d'une manifestation ou d'une réunion⁹⁶⁸.

Le système constitutionnel espagnol, qui exclut expressément la compétence législative d'origine gouvernementale, contraste avec le droit français dans lequel la réserve de loi en matière d'infractions pénales restreignant l'exercice de la liberté de

⁹⁶⁶ Article 149-6 de la *Constitution espagnole* :

« L'État jouit d'une compétence exclusive dans les matières suivantes :

1- La réglementation des conditions fondamentales qui garantissent l'égalité de tous les Espagnols dans l'exercice de leurs droits et dans l'accomplissement des devoirs constitutionnels
[...]

6- la législation (...) pénale et pénitentiaire ; la législation de la procédure, sans préjudice des spécificités nécessaires qui dans ce domaine, découlent des particularités du droit matériel des Communautés autonomes ».

⁹⁶⁷ *Ley organica 1/2015*, 30 mars 2015, *por la que se modifica la Ley organica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal*.

⁹⁶⁸ Article 557 bis du *Código penal* :

« Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigado con una pena de uno o seis años de prisión cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes :

[...] 3- Cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestacion o reunion numerosa, o con ocasion de alguna de ellas ».

manifestation pacifique demeure relative. Certes, l'article 34 de la *Constitution française* prévoit que :

« La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques [...] ;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ».

Cependant, il est possible, notamment en vertu de l'article 38 de la *Constitution*, que le législateur, à travers une loi d'habilitation, autorise le Gouvernement à prendre des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Ainsi, à l'inverse du modèle juridique espagnol qui, d'une part, exige des circonstances exceptionnelles et, d'autre part, exclut la possibilité au législateur de donner habilitation au Gouvernement pour encadrer un droit fondamental⁹⁶⁹, il n'est pas garanti au sein du système constitutionnel français que ce soit le législateur qui intervienne en matière d'infractions pénales pour restreindre la liberté de manifestation. De ce fait, bien que le Gouvernement reste dans son rôle d'exécutant dans le cadre d'une loi d'habilitation, le faible encadrement législatif de la marge d'action qui lui est déléguée lui permet en réalité de prendre les mesures de son choix ; une situation qui fait de lui le véritable auteur de la norme de valeur législative⁹⁷⁰. Les infractions pénales restreignant la liberté de manifestation peuvent donc être le fruit aussi bien de la volonté du législateur ordinaire, comme c'est le cas du délit de violence en réunion⁹⁷¹, que de celle du Gouvernement dès lors que la détermination des crimes et délits ainsi que des peines qui leur sont applicables, ou encore la procédure pénale, à l'instar de tous les autres domaines consacrés à l'article 34 de la *Constitution française*, n'échappent pas au champ des ordonnances. Ainsi, c'est par la voie d'une ordonnance que l'article 431-3 du *Code pénal français* sanctionnant le délit d'attroupement délictueux a été modifié⁹⁷².

⁹⁶⁹ Article 86 de la *Constitution espagnole*.

⁹⁷⁰ Francis Hamon, Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., Paris, LGDJ, 2018, à la p. 408.

⁹⁷¹ Article 222-14-2 du Code pénal créé par la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 - article 1 (V) :

« Le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisé par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de bien est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».

⁹⁷² Article 431-3 du Code pénal modifié par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012, article 8 :

En droit canadien, on ne trouve pas de « réserve de loi » au sens formel comme en droit espagnol ou en droit français. L'article premier de la *Charte canadienne* prévoit seulement la possibilité de restreindre les droits et libertés consacrées en vertu d'une « règle de droit ». Or, comme on l'a auparavant noté, au sens de l'article premier de la *Charte*, une règle de droit est une « norme juridique intelligible »⁹⁷³ qui ne se limite pas seulement aux actes législatifs mais s'étend aussi aux actes émanant d'une autorité exécutive ou juridictionnelle. Du fait de la tradition juridique de la *common law*, le principe de la « réserve de loi » se limite à signifier qu'une atteinte à un droit reconnu n'est possible que dans la mesure où celle-ci trouve un fondement juridique, peu importe qu'il soit législatif ou infra-législatif, au sein d'un système normatif. Dès lors, l'action gouvernementale n'est pas constitutionnellement exclue pour restreindre la liberté de manifestation. C'est une approche similaire qui est retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle interprète la réserve de loi de l'article 11-2 de la *Convention européenne*. Ainsi, le principe de réserve de loi en droit canadien tend davantage à faire obstacle à une restriction apportée à la liberté de manifestation pacifique qui serait arbitraire que de garantir l'action de l'organe législatif en matière d'encadrement des droits et libertés consacrées par la *Charte constitutionnelle*. En revanche, le droit criminel au Canada est de compétence fédérale exclusive en vertu du paragraphe 91 (27) de la *Loi constitutionnelle* de 1867. Néanmoins, le paragraphe 92 (15) de ce même texte permet aux provinces d'imposer des « punitions par voie d'amende, pénalité ou emprisonnement, dans le but de faire exécuter toutes lois de la province » édictées sous le régime de l'article 92. Le fait qu'une loi provinciale se présente comme une prohibition pure et simple ne la rend donc pas invalide⁹⁷⁴. Par conséquent, il existe une compétence pénale provinciale qui se fonde, d'une part, sur

« Constitue un attroupement tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de trouble l'ordre public.

Un attroupement peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser restées sans effet adressées dans les conditions et selon les modalités prévues par l'article L. 211-9 du Code de la sécurité intérieure ».

⁹⁷³ Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, Éditions Yvon Blais, à la p. 1016.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, à la p. 515. Voir sur ce point : *Edwards Books and art Ltd.* [1986] 2 R.C.S.713, à a p. 741.

l'article 92 de la *Loi constitutionnelle* de 1867 et, d'autre part, sur le fait que toute loi doit pouvoir prévoir la sanction de sa violation⁹⁷⁵. Le droit criminel confié en exclusivité au niveau fédéral, à l'inverse du droit pénal provincial, doit être répressif en soi et n'est pas édicté dans le but de faire respecter une législation⁹⁷⁶. Le paragraphe 91 (27) permet au pouvoir fédéral de légiférer pour réprimer un comportement répréhensible par une interdiction accompagnée d'une sanction. Ainsi, c'est au niveau fédéral que les attroupements qui troublent la paix tumultueusement ou ceux qui provoquent inutilement et sans cause raisonnable d'autres personnes à troubler tumultueusement la paix sont punis en vertu de l'article 63 du *Code criminel*⁹⁷⁷.

2. La sauvegarde de l'ordre public en tant qu'intérêt protégé

Pour René Garraud, une infraction n'est pas la violation de la loi pénale mais celle « des intérêts protégés par la loi pénale »⁹⁷⁸. En effet, elle implique d'abord la lésion ou la mise en péril d'un intérêt juridique qui a pour caractère essentiel de « causer un trouble social »⁹⁷⁹. De plus, pour Roger Merle et André Vitu, le « trouble social ou privé [est précisément] la seule justification de l'intervention de la loi pénale ; car il ne peut exister en matière temporelle de justice absolue ; la répression étatique n'est légitime que dans la mesure où elle sanctionne des activités nuisibles à l'ordre public »⁹⁸⁰. Il semble plus généralement admis, par la doctrine française, que « celui

⁹⁷⁵ Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, op. cit., à la p. 515.

⁹⁷⁶ Ibid., à la p. 516.

⁹⁷⁷ *Code criminel* L.R.C.(1985), ch. C-46, article 63 :

« (1) Un attroupement illégal est la réunion de trois individus ou plus qui, dans l'intention d'atteindre un but commun, s'assemblent, ou une fois réunies se conduisent de manière à faire craindre, pour des motifs raisonnables à des personnes se trouvant dans le voisinage de l'attroupement :

a) soit qu'ils ne troublent la paix tumultueusement

b) soit que, par cet attroupement, ils ne provoquent inutilement et sans cause raisonnable d'autres personnes à troubles tumultueusement la paix.

(2) Une assemblée légitime peut devenir un attroupement illégal lorsque les personnes qui la composent se conduisent, pour un but commun, d'une façon qui aurait fait de cette assemblée un attroupement illégal si elles s'étaient réunies de cette manière pour le même but ».

⁹⁷⁸ René Garraud, *Précis de droit criminel*, 14^e éd., Paris, Sirey, 1926, à la p. 62.

⁹⁷⁹ Ibid., à la p. 64.

⁹⁸⁰ Roger Merle, André Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome 1, 7^e éd., Paris, Editions Cujas, 1997, à la p. 653. Voir aussi : Jacques Henri Robert, *Droit pénal général*, 6^e éd., Paris, PUF, 2005, à la p. 255.

« Quand le législateur incrimine un comportement, c'est pour imposer aux citoyens le respect d'une valeur sociale qu'il juge particulièrement précieuse. On l'appelle l'intérêt protégé ».

qui commet matériellement une infraction engendre un dommage social »⁹⁸¹. Il devient alors possible de réfléchir aux limites du droit fondamental de manifester uniquement en fonction des « intérêts antinomiques, reconnus comme étant dignes de protection par l'ordre juridique »⁹⁸².

L'idée selon laquelle une norme pénale mais aussi, plus largement, toute norme visant un comportement garanti par un droit fondamental, doit protéger un intérêt a été retenue au sein des trois ordres juridiques étudiés. Or, en vertu de la « théorie de l'intérêt protégé », le législateur ne peut sanctionner un comportement que si celui-ci porte atteinte à un « bien juridique ». Ainsi, à travers les infractions criminelles punissant les altérations de la paix publique commises à l'occasion de manifestations, que l'on retrouve au sein des trois ordres juridiques étudiés, le législateur protège le bien juridique de l'ordre public.

Selon une conception constitutionnelle du bien juridique, les infractions pénales restreignant l'exercice des droits et libertés doivent trouver leur fondement dans des biens directement consacrés par la Constitution⁹⁸³. Dès lors, en vertu de cette théorie, la question de la justification des infractions pénales restreignant le libre exercice de la liberté de manifestation devra s'appréhender uniquement au regard des droits et intérêts constitutionnellement garantis. En effet, les droits garantis ayant la même valeur au sein d'un système constitutionnel, ils exercent tous la même contrainte sur le législateur. Autrement dit, au nom de cette conception restrictive du bien juridique à protéger, ne peuvent constituer des incriminations que les comportements qui portent directement atteinte à un bien juridique consacré par la Constitution.

⁹⁸¹ Voir Guillaume Lecuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, Paris, Dalloz, coll. « Étude de droit privé », 2006, à la p. 37.

⁹⁸² Ibid., à la p. 39.

⁹⁸³ Cette thèse a été défendue par Franco Bricola, l'un des plus célèbres partisans de la théorie constitutionnelle dite « stricte » du bien juridique. À travers cette thèse, cet auteur défend l'idée que si la liberté a une valeur constitutionnellement prééminente, le droit pénal qui y porte atteinte ne peut intervenir qu'en vertu d'un bien juridique constitutionnel. Précisément, pour lui : « l'illicite pénal peut se matérialiser uniquement dans une lésion significative d'une valeur constitutionnelle éminente ». Cette thèse a été reprise et précisée par Musco (1974) et Angioni (1983).

Précisément, Aux termes de l'article 149, al. 29 de la *Constitution espagnole*, « l'État jouit d'une compétence exclusive » en matière de « sécurité publique ». Le bien constitutionnel juridique de la sécurité est également mentionné dans son article 104 qui dispose que :

« 1. Les forces et des corps de sécurité, sous l'autorité du gouvernement, auront pour mission de protéger le libre exercice des droits et libertés et de garantir la sécurité des citoyens ».

C'est à la lumière de ces deux articles mentionnant le bien juridique constitutionnellement protégé de la « sécurité », tantôt « publique », conformément aux dispositions de l'article 149, al. 29, tantôt celle « des citoyens » selon celles de l'article 104, al. 1, qu'il convient d'interpréter l'ordre public de l'article 21-2 de la *Constitution espagnole*. Ce dernier consacre, en effet, la possibilité d'interdire des manifestations sur la voie publique dès que « des raisons fondées permettent de prévoir que l'ordre public sera perturbé, mettant en danger des personnes ou des biens ». Ainsi, s'agissant des infractions pénales concernant l'exercice de la manifestation, l'ordre public est considéré comme un bien juridique constitutionnellement digne de protection. C'est cependant un ordre public au sens restreint dont il s'agit, s'apparentant à la sécurité des personnes et des biens.

Tandis qu'en droit espagnol le bien juridique de l'ordre public, au sens de sécurité des personnes et des biens, figure au sein même du texte constitutionnel pour justifier les infractions de désordre public susceptibles de limiter l'exercice de la liberté de manifestation, le bien juridique de l'ordre public en droit français se rattache à une interprétation *lato sensu* de la compétence législative consacrée par l'article 34 de la *Constitution française*⁹⁸⁴. En effet, dans la décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, le Conseil constitutionnel a explicitement élargi, sans fondement juridique évident, le

⁹⁸⁴ Voir : Patrick Wachsmann, « [note sous la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendance*], (1985) *Actualité juridique*, Droit administratif p. 364 ; Christophe Vimbert, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.* ; Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, à la p. 196.

champ de compétence du législateur au regard de cet article constitutionnel. En effet, au considérant 5 de la décision, est posé le principe selon lequel « il appartient au législateur de concilier l'exercice de la liberté de communication (...) avec les objectifs de valeur constitutionnelle » parmi lesquels on trouve « la sauvegarde de l'ordre public »⁹⁸⁵. Le Conseil constitutionnel reprendra ce considérant de principe dans de nombreuses décisions ultérieures⁹⁸⁶. On peut, en outre, mentionner l'alinéa 3 de l'article 34 de la *Constitution* qui consacre la compétence du législateur pour déterminer les crimes et délits ainsi que les peines qui leurs sont applicables. Dès lors, comme a pu l'expliquer le Conseil constitutionnel :

le « législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale ; que s'agissant de la procédure pénale, cette exigence s'impose notamment pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions ; [...] qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public [...] à la recherche des auteurs d'infractions [...] et d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties »⁹⁸⁷.

À l'occasion de cette décision, le Conseil constitutionnel a non seulement créé une nouvelle catégorie de normes supra-législatives - les objectifs de valeur constitutionnelle -, mais également consacré parmi eux la sauvegarde de l'ordre public. Puis, la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie viendra entériner la compétence législative en matière de sauvegarde de l'ordre public en ce que le Conseil constitutionnel y reconnaît qu'une telle compétence générale s'exerce même à défaut d'être expressément prévue par la *Constitution*⁹⁸⁸. L'ordre public semble ainsi relever du champ des compétences

⁹⁸⁵ Cons. const., n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, au considérant 5.

⁹⁸⁶ Voir, par exemple : Cons. const., n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, au considérant 26, Rec. à la p. 18 ; Cons. const., n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, au considérant 27, Rec. à la p. 99.

⁹⁸⁷ Cons. const., n° 2012-223 QPC, 17 février 2012, *Ordre des avocats au Barreau de Bastia*, aux considérants 4-5, Rec. à la p. 126 ; Cons. const., n° 2012-257 QPC, 18 juin 2012, *Société OLANO CARLA et autres*, aux considérants 4-5, Rec. à la p. 298.

⁹⁸⁸ Cons. const., n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, au considérant 4.

législatives quant aux libertés consacrées à l'article 34 de la *Constitution*⁹⁸⁹ et c'est sur ce fondement que peut se justifier la faculté du législateur d'instaurer des régimes d'exception, comme celui de l'état d'urgence en l'espèce. Ainsi, en rattachant la compétence de limitation des droits garantis à la compétence du législateur en matière de libertés prévues à l'article 34 de la *Constitution*, celui-ci est fondé à créer des infractions pénales restreignant l'exercice de la liberté de manifestation.

Au Canada, si la *Loi constitutionnelle de 1867* ne délimite pas de manière générale la compétence du pouvoir fédéral de créer des infractions pénales, l'article premier de la *Charte canadienne* borne celle de créer des infractions pénales en matière d'exercice de la liberté de manifestation. En effet, le pouvoir fédéral peut interdire tout acte et imposer toute sanction à son égard, à la condition qu'une telle restriction se fonde sur des règles de droit « raisonnables et dont la justification puisse se démontrer au sein d'une société démocratique ». Déjà dans l'*affaire de la margarine* ([1951] A.C. 179 et [1949] R.C.S. 1), le juge Rand de la Cour suprême avait précisé que le droit criminel visait « ordinairement mais non exclusivement » à préserver la paix, l'ordre, la sécurité, la santé, la moralité publics ; une approche réaffirmée plusieurs fois par la suite. Ainsi, dans le *Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée*⁹⁹⁰, la Cour suprême canadienne a inclus parmi les justifications des lois fédérales de droit criminel, la promotion de la sécurité⁹⁹¹. D'autre part, l'article 7 de la *Charte canadienne*, qui protège les droits des personnes contre les actions des pouvoirs publics, consacre le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Ainsi, il semble aisé de justifier l'institution d'infractions de troubles à l'ordre public au nom de la protection du bien juridique du droit à la sécurité constitutionnellement protégé. Toutefois, dans le modèle juridique canadien, la justification ne semble pas

⁹⁸⁹ Jean Michel Larralde, « La constitutionnalisation de l'ordre public », dans Marie-Joëlle Redor (dir.) *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2001, aux p. 226 et s.

⁹⁹⁰ *Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée* 2010 CSC 61 [2010] 3 R.C.S. 457.

⁹⁹¹ *Ibid.*, aux paras. 48 et s.

s'appréhender au regard de la théorie de l'intérêt constitutionnellement protégé. En effet, on parlera davantage d'intérêt légitime qui ne dispose pourtant, à l'inverse des droits garantis, d'aucun fondement constitutionnel.

B. Le problème de la délimitation de l'ordre public

1. Le principe de conciliation entre les infractions pénales de troubles à l'ordre public et les garanties de la liberté de manifestation pacifique

Depuis la décision du 27 juillet 1982 précitée, le Conseil constitutionnel interprète l'article 34 de la *Constitution* comme le fondement donnant compétence au législateur pour opérer une conciliation entre des principes constitutionnels contradictoires. Précisément, le juge constitutionnel affirme que « la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public ». Le juge constitutionnel reconnaît donc l'ordre public comme une limite constitutionnelle à l'exercice de certaines libertés, en l'espèce la liberté de communication tirée de l'article 11 de la *Déclaration de 1789*, et plus généralement des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, inscrites à l'article 34 de la *Constitution*. Le Conseil constitutionnel rattache clairement la conciliation de l'exercice des droits et libertés garantis avec la sauvegarde de l'ordre public à cet article ⁹⁹². Ainsi, dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité, il vérifiera dans quelle mesure la conciliation des infractions de troubles à l'ordre public avec les garanties de la liberté de manifestation a été effectivement opérée. Ce devoir de conciliation fait écho au critère de raisonnabilité des limites apportées à la liberté de réunion pacifique imposé par l'article premier de la *Charte canadienne* et par le respect du contenu essentiel de la liberté de manifestation

⁹⁹² Pauline Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, DL 2014, à la p. 78.

consacré à l'article 53-1 de la *Constitution espagnole*. Ainsi, il est possible d'admettre qu'au sein des systèmes constitutionnels espagnol et canadien, la délimitation de la marge d'action du législateur pour créer des infractions pénales relatives à l'exercice des droits constitutionnellement garantis impose un devoir de conciliation et de pondération des atteintes au droit à la liberté de manifestation. Partant, c'est cette obligation de conciliation et de pondération qui sera contrôlée pour juger de la conformité constitutionnelle ou non d'une infraction pénale restreignant la liberté de manifestation.

Le contrôle de constitutionnalité appliqué par les juges français, espagnol et canadien vérifie donc le respect de l'obligation de conciliation des infractions de troubles à l'ordre public avec les garanties de la liberté de manifestation à laquelle est soumis le législateur dans le cadre de l'exercice de sa compétence de création d'infractions. En théorie, et comme on l'a déjà vu précédemment, cette exigence de proportionnalité comprend trois facettes dont l'existence doit être vérifiée par le juge : l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens strict. L'application du principe de proportionnalité vise à assurer une modération des empiétements de la puissance publique sur les libertés publiques fondamentales afin notamment de concilier la sauvegarde de l'ordre public avec la liberté de manifestation sur la voie publique. Ce mécanisme de pondération de principes juridiques de rang équivalent, simultanément applicables mais possiblement antinomiques, tels que la liberté de manifestation et la sauvegarde de l'ordre public, permet *in fine* de déterminer la validité ou non de l'infraction pénale en question⁹⁹³. La sauvegarde de l'ordre public et la liberté de manifestation peuvent, en effet, entrer en conflit dès lors que les délits d'attroupement délictueux ou de rassemblements faisant craindre des troubles à l'ordre public sont des limites au droit de manifester. En effet, si la liberté de réunion pacifique, qui peut prendre la forme d'une manifestation, est consacrée au sein des trois ordres juridiques

⁹⁹³ Georges Xynopoulos, « Proportionnalité » dans Stéphane Rials, Denis Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, coll. « Quadrige », 2014, à la p. 1251.

étudiés, aucun d’eux ne reconnaît un droit d’attroupement en vue de troubler l’ordre public. Au contraire, dans chacun de ces droits, de tels attroupements sont pénalement sanctionnés en vue de sauvegarder la paix publique. Dès lors, la délimitation des garanties de la liberté de manifestation dépend directement de celle des infractions de troubles à l’ordre public. Ainsi, le principe de modération des atteintes se fondant sur l’impératif de sauvegarde de l’ordre public apparaît comme la garantie constitutionnelle de la liberté de manifestation. Il est alors nécessaire que l’intérêt protégé par l’infraction pénale de troubles à l’ordre public soit soigneusement délimité afin de permettre cette conciliation et pondération. Or, au sein des trois ordres juridiques étudiés, il semble que l’intérêt protégé par ces infractions soit caractérisé par l’indétermination.

La réforme du *Code pénal espagnol* menée par la *ley organica 1/2015* du 30 mars 2015 est venue modifier la rédaction des délits de désordre public en remplaçant l’expression d’« altération de l’ordre public » par celle d’« altération de la paix publique ». Cependant, pour certains auteurs, « ordre public » et « paix publique » sont synonymes⁹⁹⁴. Dans pareil cas, l’ordre public ou la paix publique désigne la tranquillité ou la quiétude au sein des manifestations collectives de la vie citoyenne⁹⁹⁵. En revanche, pour d’autres commentateurs, il s’agit de deux biens juridiques différents⁹⁹⁶.

⁹⁹⁴ Voir : Borja Mapelli Caffarena, Heriberto Asencio Cantisan, “La ocupación colectiva de la vía pública (Comentario a la STS de 25 de febrero de 1987)”, (1988) 10 Poder Judicial 148, 149 153 ; Agustín Jorge Barreiro, “De los desórdenes públicos”, dans Gonzalo Rodríguez Mourullo (dir.), Agustín Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997, à la p.1355 ; Miguel Díaz y García Conlledo, “Delitos contra el orden público”, dans Diego Manuel Luzón Peña, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002, à la p. 367 ; Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, “Delitos contra el orden public (III). Desordenes publicos. Reflexiones en torno al bien juridico protegido en los delitos de desordenes publicos”, dans Lorenzo Morillas Cuevas (dir.), *Sistema de derecho penal. Parte especial*, 2^e éd., Madrid, Dykinson, 2016, à la p. 1358 ; Carmen Juanatey Dorado, “Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015” (2016) 120 Cuadernos de Política Criminal 65.

⁹⁹⁵ Voir : Fransisco Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 3^e éd., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, à la p. 578 ; Fransisco Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 20^e éd., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, à la p. 749.

⁹⁹⁶ Voir : Tomas Salvador Vives Antón, “Delitos contra la seguridad interior del Estado. Desórdenes públicos”, dans Tomas Salvador VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 3^e éd., Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, à la p. 172 ; J. C. Carbonell Mateu, Tomas Salvador Vives Antón, “De

Cette distinction se fonde sur la rédaction originare de l'article 557 de l'ancien *Code pénal* qui différenciail l'altération de l'ordre public lorsqu'elle avait pour finalité l'atteinte de la paix publique. Pour Vives Anton, l'expression « ordre public » se réfère à l'ordre externe et matériel de coexistence citoyenne tandis que la « paix publique » désigne la tranquillité et la quiétude. Ainsi, pour cet auteur, la paix publique est incompatible avec les émeutes mais elle n'exclut pas la possibilité de désordre public⁹⁹⁷. Avec une telle hésitation quant à la définition du bien juridique protégé par les infractions de troubles à la paix publique que l'on relève tant au sein de la doctrine qu'au sein de la jurisprudence, la délimitation des infractions de désordre public susceptibles de restreindre légitimement la liberté de participer à une manifestation ne peut être que fragilisée. En effet, la pondération de la sauvegarde de l'ordre public avec la liberté de manifestation n'emportera pas les mêmes effets si l'ordre public concerné exclut ou non les désordres publics ponctuels qu'impliquent forcément toutes manifestations citoyennes importantes dans l'espace public. Ainsi, selon que l'on adopte une notion d'ordre public restreinte - qui exclut tout désordre public -, ou large - qui à l'inverse n'écarte pas les désordres ponctuels propres aux grands rassemblements de personnes -, le champ de délimitation de la liberté de participation à une manifestation sera plus ou moins étendu. La difficulté de délimiter l'ordre public est plus importante en droit français et canadien dès lors qu'il ne semble pas se borner, comme c'est le cas en droit espagnol, à son aspect matériel. Il y est, en effet, admis la possibilité d'entendre la sauvegarde de l'ordre public d'un point de vue immatériel.

los desórdenes públicos”, dans : Tomas Salvador Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, à la p. 2090 ; Maria Luisa Cuerda Arnau, “Delitos contra el orden public I (arts 557.1 y 557 bis)”, dans Jose Luis Gonzalez Cussac (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 5^e éd., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, à la p. 747 ; Miguel POLAINO NAVARRETE, “Introducción a los delitos contra el orden public. Sedicion. Atentado, Resistencia, desobediencia. Desordenes publicos”, dans M. Polaino Navarrete (dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, t. II, Madrid, Tecnos, 2011, aux p. 541-543.

⁹⁹⁷ Tomas Salvador Vives Antón, “Delitos contra la seguridad interior del Estado. Desórdenes públicos”, *ibid.*, à la p. 172

2. La possibilité d'une sauvegarde de l'ordre public au sens immatériel dans les exemples français et canadien

Les atteintes à la paix publique « constituent des atteintes particulièrement graves à l'autorité de l'État en raison de l'importance des troubles qu'elles sont susceptibles de causer à l'ordre public »⁹⁹⁸. Si elles se différencient des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, elles constituent tout de même, potentiellement, un danger grave pour la démocratie⁹⁹⁹. Les atteintes à la paix publique du fait des attroupements étaient déjà mentionnées à l'article 104 du *Code pénal* de 1810 qui évoquait l'attroupement susceptible de troubler la tranquillité publique. Toutefois, l'article 431-3 du *Code pénal français* actuel ne vise pas exclusivement cette composante de l'ordre public mais la notion d'ordre public au sens large qui inclut d'autres éléments issus de l'article 97 de la *loi municipale du 5 avril 1884* aujourd'hui codifiée à l'article L. 2212-2 du *Code général des collectivités territoriales* relatif à la police municipale, à savoir la sécurité et la salubrité publiques. Toutefois, le Conseil constitutionnel ne semble pas se limiter à cette notion d'ordre public délimité en se permettant d'élargir à sa guise le contenu de ce dernier selon les cas d'espèce. En effet, une notion plus large de l'ordre public est parfois retenue, qui dépasse son acception matérielle.

C'est ainsi que dans la décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 relative à la *loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, le Conseil constitutionnel a inclus « les exigences minimales de la vie en société »¹⁰⁰⁰ dans le contenu de la sauvegarde de l'ordre public. C'est en se fondant sur ce même ordre public immatériel que dans la décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 concernant l'interdiction au cours d'une manifestation d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore, le Conseil constitutionnel a trouvé une justification d'une telle interdiction par le législateur d'exprimer un contenu dans les « exigences de l'ordre

⁹⁹⁸ Geneviève Giudicelli-Delage, « Les crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique dans le nouveau code pénal » (1993) *Revue de sciences criminelles* 493.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ Cons. const., n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, aux considérants 4-5.

public »¹⁰⁰¹. Ainsi, les incriminations de la participation délictueuse à un attroupement peuvent poursuivre l'objectif de sauvegarder un ordre public indéfini et donc imprévisible dont le Conseil constitutionnel peut adapter le contenu au gré des espèces afin de justifier ses décisions. En effet, le juge semble ne pas vouloir définir de manière déterminée et délimitée l'ordre public au fondement de la compétence législative¹⁰⁰². Il en résulte la possibilité que la notion d'attroupement, pénalement sanctionné en raison de l'atteinte à l'ordre public qu'il engendre, s'élargisse de manière indéfinie. Ainsi, toute tentative de délimitation de la compétence du législateur en vue de restreindre l'exercice de la liberté de réunion pacifique sur la voie publique serait fragilisée, voire annihilée. Le contrôle de constitutionnalité des infractions d'attroupement troublant l'ordre public deviendrait alors ni plus ni moins une procédure d'approbation ou de désapprobation des choix du législateur. Or, un tel contrôle sort du cadre de la vérification de la constitutionnalité d'une disposition pour aller sur le plan politique où le législateur l'emporte sur le juge en matière de légitimité.

On retrouve pareille situation en droit canadien. Malgré les différences de techniques juridiques que l'on observe entre la *common law* et la codification du droit pénal, il semble que l'incrimination de l'attroupement que l'on trouve tant dans les règles de *common law* que dans le *Code criminel* poursuive la même préoccupation de maintenir la tranquillité et de préserver la paix publique¹⁰⁰³. Néanmoins, le législateur n'a pas défini ce qu'il entend par paix publique dont la violation est au cœur de l'infraction d'attroupement prévue par les articles 63 et 66 du *Code criminel*. De cette façon, le législateur laisse planer de nombreuses incertitudes mais surtout laisse le soin aux tribunaux de délimiter la notion de violation de la paix publique. Il est alors pertinent de se demander ce que recouvre l'expression « troubler la paix tumultueusement » dès lors que c'est de la délimitation de cette infraction que dépendra

¹⁰⁰¹ Cons. const., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, au considérant 103.

¹⁰⁰² Pierre Mazeaud, « Libertés et ordre public » (2003) [en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1353/pdf>].

¹⁰⁰³ Yves de Montigny, « Désobéissance civile en contexte canadien et contemporain » (1982) *La doctrine. Revue générale du droit* 415.

celle de la liberté de participer à une manifestation. Comme pour le droit français, on peut se demander si la notion de « paix » recouvre simplement la tranquillité ou, plus largement, un ordre social établi¹⁰⁰⁴. Pour contrôler la conformité constitutionnelle d'une limitation à un droit constitutionnellement garanti, la Cour suprême ne s'est jamais cantonnée aux intérêts constitutionnellement consacrés. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que l'infraction d'attroupement se fonde sur la poursuite d'un intérêt constitutionnellement garanti. Dans un premier temps, en vertu de la jurisprudence *Oakes* de 1986, pour qu'une atteinte à un droit ou à une liberté consacrés par la *Charte* soit admise, il était requis que celle-ci poursuive une préoccupation « urgente et réelle » indépendamment de son fondement constitutionnel. C'est ainsi que le juge canadien a introduit ce que Luc B. Tremblay qualifie de « théorie du fondement légitime »¹⁰⁰⁵ en vertu de laquelle une limitation à un droit garanti est constitutionnellement conforme si l'auteur de la norme avait de « bonnes raisons » de la prendre. Par « bonnes raisons », il convient d'entendre des objectifs législatifs « suffisamment importants »¹⁰⁰⁶. La théorie dite « du fondement légitime » est une tentative d'explication des raisons pour lesquelles un législateur a pris telle loi. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité se réduit à la compatibilité des raisons qui ont poussé le législateur à légiférer tel qu'il l'a fait avec la conception que se fait chaque juge de la « société libre et démocratique ». De ce fait, les infractions de violation de la paix publique, telle la participation à un attroupement, entendues au sens large comme au sens restreint, auront autant de chance d'être constitutionnellement admises pourvu que la sauvegarde de la paix publique qu'elles poursuivent puisse se rattacher à l'interprétation téléologique des juges de ce qu'est une société libre et démocratique. Les juges canadiens ne vont pas hésiter à s'éloigner une fois de plus du texte constitutionnel pour contrôler si une restriction se justifie au sein d'une société démocratique. Alors que le juge constitutionnel français

¹⁰⁰⁴ Ibid., à la p. 418.

¹⁰⁰⁵ Voir notamment : Luc B. Tremblay, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : Théorie du fondement légitime » (2002) 47 *Mc Gill Law Journal* p. 274.

¹⁰⁰⁶ *R. c. Oakes* [1986] 1 R.C.S. 139, aux p. 138-140.

« sort » du texte constitutionnel pour consacrer la sauvegarde de l'ordre public en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle, autrement dit pour lui donner une valeur supra-législative afin que le législateur s'y conforme, le juge canadien justifie la constitutionnalité d'une loi restreignant la liberté de réunion pacifique garantie seulement si l'intérêt protégé par cette loi correspond à leur interprétation téléologique de ce qu'est une société démocratique. Autrement dit, en vertu de l'article premier de la *Charte*, le législateur n'a pas besoin de rattacher une limitation portée à la liberté de réunion pacifique à un principe de sauvegarde de l'ordre public constitutionnellement consacré ; il peut se contenter de considérer que la sauvegarde de l'ordre public est un intérêt – ou est un objectif suffisamment important -- « pouvant se justifier dans une société libre et démocratique » telle que l'entendront les juges. Or, ces derniers ne sont pas liés à une définition délimitée de ce qu'est une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne* ; ils demeurent effectivement tout aussi libres d'élargir ou de restreindre le contenu de la notion de « paix publique ». De cette façon, à l'heure de contrôler la constitutionnalité des infractions de violation de la paix publique, le juge canadien risque soit de se substituer au législateur, s'il rejette la conception de la paix publique en tant qu'« intérêt légitime » poursuivi par ce dernier, soit au contraire faire preuve de déférence envers les choix législatifs. Cette situation révèle une confusion quant au rôle précis du juge dans le cadre de son office de contrôle de la conformité constitutionnelle des normes.

De fait, il appert que les juges canadiens sont davantage des gardiens du modèle de la « société libre et démocratique » que des garants de la constitutionnalité des limitations portées aux droits et garanties protégés par la *Constitution*. Or, le rôle du juge n'est en principe pas d'être d'accord ou non avec le législateur en vertu de considérations morales ou politiques mais de valider ou non les choix de celui-ci en vertu du cadre constitutionnel qui s'impose à ce dernier. De la même manière, le législateur n'est pas tenu de limiter un droit discrétionnairement mais en considération de limites juridiques, en particulier constitutionnelles, qui s'imposent à lui. Ainsi, en 1998, la Cour du Québec a conclu à l'inconstitutionnalité de l'article 63 du *Code*

criminel définissant l'attroupement délictueux notamment du fait de son imprécision¹⁰⁰⁷. Toutefois, la Cour supérieure du Québec lui donnera tort en appel. Dans l'arrêt *R. c. Lecompte*, la Cour d'appel du Québec a confirmé la conformité constitutionnelle du délit d'infraction d'attroupement de l'article 63 du *Code criminel* en rappelant que le désir du législateur de prévenir les émeutes est un « objectif impérieux », que l'infraction d'attroupement illégal avait un lien rationnel avec cet objectif et qu'il n'y avait pas d'autres moyens pour « raisonnablement empêcher la survenance d'émeutes »¹⁰⁰⁸. Plus largement, l'article 66 du *Code criminel* qui sanctionne toute participation à un attroupement délictueux défini à l'article 63 du même *Code* traduirait donc la volonté du législateur de sauvegarder la paix publique ; laquelle n'a cependant été définie ni par le législateur ni par le juge.

Section 2. Les infractions réglementaires d'atteinte à l'ordre public

Malgré la reconnaissance de la compétence exclusive de l'organe législatif pour créer des infractions pénales d'atteinte à la paix publique susceptibles de restreindre l'exercice de la liberté de manifestation, la compétence réglementaire en la matière ne demeure pas en reste.

En effet, la mission de sauvegarde de l'ordre public dans l'espace public est confiée aux autorités réglementaires. Or, dès lors que la manifestation implique l'utilisation de l'espace public, son exercice est susceptible de faire l'objet de l'action du pouvoir réglementaire relative à l'usage des rues et des places publiques et visant à protéger le maintien de la paix sur le domaine public. Bien qu'il puisse demeurer une confusion entre les infractions pénales d'atteinte à la paix publique, tels les délits d'attroupement, et les réglementations infra-législatives relatives à l'utilisation de l'espace public, les secondes se distinguent des premières par leur finalité préventive (A).

¹⁰⁰⁷ *R. c. Popovic* [1998] RJQ 2869 (CQ).

¹⁰⁰⁸ *R. c. Lecompte* [2000] QCCA 8782, au para 17.

A l'égard d'une manifestation, la compétence réglementaire de prévention des troubles à l'ordre public est toujours présumée en ce que chaque manifestation implique l'utilisation de l'espace public soumise aux exigences du respect de l'ordre public.

Par ailleurs, chaque concentration de personnes à un même endroit impliquant toujours un risque de trouble à l'ordre public, celle-ci doit être circonscrite rigoureusement au risque de présumer la nécessité d'une réglementation préventive limitant le droit de manifester, voire annihilant toutes garanties juridictionnelles de la liberté de manifestation face à une compétence réglementaire illimitée en matière d'ordre public (B).

A. Le fondement de la compétence réglementaire en matière d'atteinte à l'ordre public

1. Le fondement de la compétence réglementaire en matière de sécurité publique

La *ley organica* relative à la protection de la sécurité des citoyens de 2015 prévoit un ensemble d'infractions réglementaires qui visent l'exercice de la liberté de manifestation en se fondant sur la protection de la sécurité des citoyens. En effet, en vertu de l'article 149, al. 29 de la *Constitution espagnole*, l'État jouit d'une compétence exclusive en matière de sécurité publique. D'autre part, son article 104-1 dispose :

« Les forces et les corps de sécurité, sous l'autorité du gouvernement, auront pour mission de protéger le libre exercice des droits et des libertés et de garantir la sécurité des citoyens ».

Le Tribunal constitutionnel considère que le principe de sécurité des citoyens garantit la protection du libre exercice pacifique des droits et libertés individuels¹⁰⁰⁹. Certains auteurs de la doctrine établissent également un lien entre sécurité et garantie des droits et libertés. Par exemple, pour Recasens I. Brunet, la sécurité publique relève

¹⁰⁰⁹ STC, 325/1994, 12 décembre 1994.

de la compétence des pouvoirs publics dont la finalité est d'établir, maintenir ou restaurer les conditions d'un État de coexistence qui permet l'effectivité des droits et libertés des citoyens¹⁰¹⁰. La *ley organica* relative à la protection de la sécurité des citoyens de 1992 exposait déjà dans ses motifs le lien indéniable entre sécurité et libertés publiques. La *Ley organica* de 2015 mentionne également dans ses motifs la sécurité des citoyens entendue comme la condition essentielle de l'exercice des droits fondamentaux et des libertés publiques¹⁰¹¹. Toutefois, on ne trouve nulle part dans le droit positif espagnol une définition *stricto sensu* de la notion de sécurité des citoyens. Selon la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, il semble que sécurité publique et sécurité des citoyens partagent la même signification que l'ordre public. Cette similitude doit néanmoins être nuancée. Pour Izu Bellozo¹⁰¹², la sécurité publique désigne l'activité réalisée par les pouvoirs publics (ou des particuliers agissant pour les pouvoirs publics) qui a pour finalité la protection des personnes et des biens face à des agressions violentes du fait d'actes humains ou de catastrophes naturelles ou accidentelles.

En France, depuis la célèbre décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981¹⁰¹³, il est admis que la sauvegarde de l'ordre public fonde autant la compétence du législateur pour créer des infractions pénales que celle de l'autorité administrative en matière de sauvegarde de l'ordre public. En effet, le Conseil constitutionnel a ici rappelé que la « prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction sont toutes deux nécessaires à la sauvegarde des droits et de principe de valeur constitutionnelles »¹⁰¹⁴.

¹⁰¹⁰ Amadeu Recasens i Brunet, *La seguridad y sus políticas*, Editorial atelier, 2007, à la p. 133.

¹⁰¹¹ Article premier de la *Ley organica de proteccion de la seguridad ciudadana* :

« La seguridad ciudadana es el requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades publicas y su salvaguarda como bien juridico de caracter colectivo, es fincion del estado, con sujecion a la Constitucion y a las leyes ».

¹⁰¹² Miguel José Izu Belloso, « Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978 » (1988) 58 *Revista de derecho administrativo* 233-254.

¹⁰¹³ Cons. const., n° 80-127 DC, 19-20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, au considérant 62.

Et d'ajouter, « la prévention d'atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, est nécessaires à la mise en œuvre des principes et des droits ayant valeur constitutionnelle »¹⁰¹⁵. Ainsi, l'objectif de sauvegarde de l'ordre public comprend la prévention des « atteintes à la sécurité des personnes et des biens ». L'ordre public au sens de la jurisprudence constitutionnelle semble donc inclure la « sécurité publique »¹⁰¹⁶. En tant que composante de l'ordre public, la sécurité publique a pour objet « la sécurité des personnes et des biens » et constitue, par conséquent, une mission essentielle de la police administrative¹⁰¹⁷. À l'inverse du droit espagnol où l'expression « sécurité publique » est privilégiée à celle « ordre public », en droit français l'« ordre public » peut désigner la sûreté de l'État incluant les exigences relatives à la sécurité¹⁰¹⁸. De cette façon, il semble qu'au sein de la jurisprudence constitutionnelle française, l'expression d'« ordre public » ait pris le pas sur celle de « sécurité publique » alors même que les deux notions se réfèrent, toutes les deux, à la protection des personnes et des biens¹⁰¹⁹.

Pourtant, alors que la sécurité publique peut se rattacher à la notion de sûreté publique garantie par l'article 2 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* comme l'un des droits « imprescriptibles de l'Homme » de sorte à bénéficier d'une base juridique textuelle¹⁰²⁰, le Conseil constitutionnel semble s'affranchir de toute référence à une disposition pour consacrer de manière autonome la valeur constitutionnelle de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public. Ainsi, la sauvegarde de l'ordre public, en tant que fondement d'une compétence législative et administrative pour limiter des droits et libertés garantis, ne trouve aucun ancrage constitutionnel

¹⁰¹⁵ Ibid., au considérant 56.

¹⁰¹⁶ Cons. const., n° 2003-467 DC, précit., au considérant 61.

¹⁰¹⁷ Voir : Gendarmerie nationale, « Mémogend 2008 », à la p. 10 [en ligne : www.defense.gouv.fr].

¹⁰¹⁸ Marc-Antoine Granger, *Constitution et sécurité intérieure : essai de modélisation juridique*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Tome 138, DL 2011, à la p. 88.

¹⁰¹⁹ Ibid.

¹⁰²⁰ Bernard Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau » dans Marie Luce Pavia, Thierry Revet (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, à la p. 31.

explicite, ou plutôt ne nécessite aucun fondement constitutionnel manifeste comme en témoigne la jurisprudence du juge constitutionnel français.

En droit canadien, la sécurité publique ne constitue pas une matière assignée à un ordre de gouvernement particulier. Dès lors, tant le pouvoir fédéral que le pouvoir provincial est susceptible d'être compétent pour garantir la sécurité publique. Néanmoins, en vertu de l'article 92 (16), la province est compétente généralement pour « toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province ». Or, comme il est généralement admis que c'est la province, par l'intermédiaire de ses municipalités, qui pourvoit au « bon gouvernement de la ville »¹⁰²¹, les municipalités ont le pouvoir de prendre des règlements municipaux de paix, d'ordre et de bon gouvernement sur leur territoire en vue notamment de garantir la sécurité¹⁰²². Toutefois, les municipalités canadiennes ne disposent pas d'un pouvoir de caractère général en matière de sécurité publique ; il s'agit d'un pouvoir strictement délégué par la province¹⁰²³. Ainsi, par exemple, le *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics et sur l'utilisation du domaine public de la Ville de Montréal, RRVM c P-6* (« Règlement P-6 ») a été adopté sous l'égide de la *Loi sur les compétences municipales*¹⁰²⁴ en vertu de laquelle toute municipalité peut adopter « tout règlement pour assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement et le bien-être général de sa population »¹⁰²⁵ ainsi que « des règlements en matière de

¹⁰²¹ Voir : *Municipal Government Act*, S.A 1994, c M-26.1 (Alberta) art. 3, 7.A ; *Local Government act*, R.S.B.C. 1996, c. 323 (Colombie Britannique) art. 249, 250 ; *Loi sur les municipalités*, L.M. 1996, c.58 (Manitoba) art 231-a et b, 232 (1) a) ; *Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, c. 18 (Nouvelle Écosse) art. 172.(1) a) et b) ; *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, c. M.45 (Ontario) art. 102 ; *Loi sur les compétences municipales* RLRQ., c. C-47.1 (Québec) art. 85.

¹⁰²² Ian MacF. Rogers, *The law of canadian municipal corporations*, 2^e éd., Toronto : Carswell, 1971, à la p. 387.

¹⁰²³ Voir : *Shell Canada products v. Vancouver* [1994] 1 R.C.S. ; *R. c. Greenbaum* [1993] 1 R.C.S. 674, à la p. 687 :

« Les municipalités doivent leur existence aux lois provinciales. En conséquence, elles ne peuvent exercer que les pouvoirs qui leur sont expressément conférés par une loi provinciale ».

¹⁰²⁴ *Loi sur les compétences municipales* RLRQ, c. C-47.1.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, article 85.

sécurité »¹⁰²⁶ ou visant à régir « tout usage d'une voie publique non visé par les pouvoirs que lui confère le code de la sécurité routière »¹⁰²⁷.

2. Le critère de la finalité préventive

La *Loi constitutionnelle de 1867* est dépourvue de définition précise du droit criminel au sens de son article 91 (27). Cependant, en 1903, dans l'arrêt *A.-G. Hamilton Street Ry. Co.* [1903] A.C. 524, le Conseil privé avait déclaré que l'article 91 (27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au niveau fédéral le pouvoir d'édicter des dispositions de droit criminel au sens le plus large du terme¹⁰²⁸. Il ajoutait qu'il n'existe pas de domaine dans lequel le droit criminel doit se cantonner et que le seul trait commun des crimes réside dans leur interdiction assortie d'une peine. Toutefois, son article 92 (15) prévoit que les provinces peuvent également recourir à des sanctions, précisément des « punitions par voie d'amende, de pénalité ou d'emprisonnement ». L'article 92 (15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* indique ainsi les types de peines auxquelles les provinces peuvent recourir. Une mesure provinciale ou municipale établie en vertu d'un paragraphe quelconque de l'article 92 peut donc très bien prendre la forme d'une interdiction érigée en infraction pénale¹⁰²⁹. Dès lors, les provinces peuvent édicter des mesures prévoyant des infractions réglementaires d'attroupement au même titre que le *Code criminel* fédéral peut sanctionner les attroupements. Pourtant, la matière criminelle de l'article 91 (27) de la *Loi constitutionnelle* ne peut être confondue avec celle de l'article 92 (14) sans porter atteinte au principe du partage des compétences entre les organes fédéraux et les organes provinciaux. Ainsi, la compétence de créer des infractions réglementaires, à l'inverse de la compétence fédérale en matière d'incrimination, est restreinte territorialement. D'autre part, cette compétence est également délimitée par l'objectif poursuivi. En effet, les infractions

¹⁰²⁶ Ibid., article 62.

¹⁰²⁷ Ibid., article 67. Comme nous l'avons vu plus haut, ce règlement est dorénavant abrogé.

¹⁰²⁸ Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, op. cit., à la p. 518.

¹⁰²⁹ Ibid., à la p. 515.

réglementaires ne doivent pas avoir un caractère répressif comme en droit criminel fédéral. L'infraction au niveau provincial doit être créée avant tout dans le but de faire respecter une législation provinciale¹⁰³⁰. Ainsi, si une municipalité peut instituer des infractions réglementaires visant à pénaliser des atteintes au bien-être public, elle ne peut le faire que dans le but de sauvegarder la paix, le bon ordre et le bon gouvernement qui sont les matières pour lesquelles les municipalités sont compétentes dans le cadre d'une loi d'habilitation provinciale.

En droit canadien, il relève donc de la compétence provinciale, généralement par le biais du pouvoir municipal, de réglementer l'utilisation du domaine public pour prévenir les atteintes à la paix publique en interdisant la participation à des attroupements qui mettent en danger la paix et la sécurité. Autrement dit, un tel pouvoir de réglementation ne vise pas à interdire un comportement criminel mais à prévenir des conduites susceptibles de troubler l'ordre public sur le domaine public, une matière qui relève éminemment de la compétence municipale.

En 1978, dans l'arrêt *Dupond*, la Cour suprême canadienne a reconnu que la prévention des « attroupements » qui mettent en danger la paix, la sécurité et l'ordre publics est un objectif constitutionnellement valable pour un règlement municipal. En l'espèce, il s'agissait de contrôler l'ancêtre du *Règlement P-6*. Malgré son caractère exceptionnel en 1978¹⁰³¹, ce texte est resté longtemps en vigueur et a connu d'importantes modifications dans le contexte des grèves étudiantes qui se sont déroulées au Québec au printemps 2012. Cette modification du règlement municipal se justifiait par la nécessaire prévention des débordements du fait de manifestations importantes et quotidiennes dans tout le Québec, une compétence qui revient effectivement aux municipalités.

¹⁰³⁰ Ibid., à la p. 516.

¹⁰³¹ Le règlement a été adopté dans un contexte marqué par la contestation, les émeutes et le chaos social. Voir notamment : Radio Canada, « L'anarchie frappe Montréal » (7 octobre 1969) [en ligne : Archives de Radio-Canada <archives.radio-Canada.ca/c_est_arrive_le/10/07/>].

En droit français selon la jurisprudence constitutionnelle, toute mesure de police administrative doit poursuivre l'objectif de prévenir les atteintes à l'ordre public. Or, la prévention des atteintes à l'ordre public constitue l'une des deux facettes de l'objectif général de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. En effet, le Conseil constitutionnel a pu rappeler que la « prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction sont toutes deux nécessaires à la sauvegarde des droits et de principe de valeur constitutionnelles »¹⁰³². La sauvegarde de l'ordre public fonde ainsi à la fois la compétence de la police administrative de pourvoir à la préservation de l'ordre public et celle de la police judiciaire de rechercher les auteurs d'infractions. Ainsi, la sauvegarde de l'ordre public fonde la compétence, tantôt de la police administrative tantôt de la police judiciaire selon la finalité de la mesure, d'apporter certaines limitations aux droits fondamentaux comme celui de manifester. Par définition, les objectifs de valeur constitutionnelle ne comportent pas, en eux-mêmes, de limites à l'action législative. C'est pourquoi, la distinction entre police judiciaire et police administrative selon la finalité poursuivie se présente comme une technique permettant de délimiter la compétence de la police administrative en matière de limitation de la liberté de manifestation en vue de sauvegarder l'ordre public. Au sens de la jurisprudence constitutionnelle, un dispositif réglementant la participation à une manifestation relèvera de la police administrative seulement s'il a pour finalité de prévenir les troubles à l'ordre public. C'est le cas lorsqu'il vise la « sécurité des personnes et des biens », la « satisfaction de la tranquillité de la salubrité, ou de la sécurité publiques », ou encore la « sûreté de l'État ». Autrement dit, la seule habilitation constitutionnelle des autorités administratives pour exercer une compétence de police administrative réside dans l'objectif de prévention des troubles

¹⁰³² Loïc Philip, « [Nous tout la décision n 80 -127 DC] La décision sécurité liberté des 19 et 20 janvier 1981 » (1981) Actualité juridique Droit administratif, p. 674.

à l'ordre public. En ce sens, tout dispositif destiné à la recherche d'auteurs d'infractions ne relève pas de la police administrative mais de la police judiciaire¹⁰³³.

Pour le doyen Louis Favoreu, la décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977 consacre constitutionnellement cette distinction entre police administrative et police judiciaire¹⁰³⁴. En effet, il rappelle à cet égard que si « le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle » alors « la liberté individuelle n'est véritablement protégée que si sont accordées les garanties de la procédure pénale ». Or, selon l'auteur, ces garanties ne peuvent jouer qu'à la condition que la police intervienne dans un cadre de police judiciaire, car « les activités de police administrative ne relève pas du judiciaire mais du juge administratif »¹⁰³⁵.

Ainsi, en matière de réglementation de la participation à une manifestation, la qualification de la nature policière d'un dispositif par la distinction du critère finaliste sera déterminante pour la question des garanties juridictionnelles. En effet, c'est de cette distinction à caractère finaliste que dépend l'application d'un régime juridique particulier à des mesures de police¹⁰³⁶, donc celle des garanties du régime de droit commun de la police administrative¹⁰³⁷ lorsqu'il s'agit d'une mesure de police administrative. Ce critère de distinction au regard de la finalité des mesures permet donc de déterminer si un dispositif relève de la police judiciaire ou de la police administrative. D'autre part, il semble que c'est à partir de cette distinction qu'il est possible de contrôler la compétence législative au regard d'un standard de limites constitutionnelles¹⁰³⁸.

¹⁰³³ Marc-Antoine Granger, *Constitution et sécurité intérieure : essai de modélisation juridique*, op. cit., à la p. 107.

¹⁰³⁴ Louis Favoreu, « La décision du 12 janvier 1977 dans l'affaire de la fouille des véhicules » (1978) RDP 825.

¹⁰³⁵ Ibid.

¹⁰³⁶ Marc-Antoine Granger, *Constitution et sécurité intérieure : essai de modélisation juridique*, op. cit., à la p. 109.

¹⁰³⁷ Cons. cons., n° 80-127 DC, précit., au considérant 63.

¹⁰³⁸ Marc-Antoine Granger, *Constitution et sécurité intérieure : essai de modélisation juridique*, op. cit., à la p. 111.

B. Le contrôle de la compétence réglementaire en matière d'atteinte à l'ordre public

1. La présomption de la compétence en matière d'attroupement de restreindre la libre participation à une manifestation pour motif d'ordre public

L'article 2 du *Règlement P-6* précité (et maintenant abrogé) prévoyait que :

« Les assemblées, défilés ou autres attroupements qui mettent en danger la paix, la sécurité ou l'ordre publics sont interdits sur les voies et places publiques, de même que dans les parcs ou autres endroits du domaine public ».

Par ailleurs, l'article 7 du même texte disposait qu'une contravention aux dispositions du règlement rendait le contrevenant passible d'une amende. Or, cette infraction réglementaire faisait doublon avec les crimes et délits prévus au niveau fédéral par les articles 63¹⁰³⁹, 64¹⁰⁴⁰ et 175¹⁰⁴¹ du *Code criminel* relatifs aux émeutes, attroupements et atteintes à la paix. Autrement dit, le règlement édictait des infractions réglementaires visant des conduites déjà sanctionnées par des dispositions du *Code criminel* au niveau fédéral. Ainsi, la réglementation municipale sanctionnant les attroupements touchait dans ce cas à la compétence fédérale en matière criminelle. Pourtant, pour la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Aubert Bonn*¹⁰⁴², les dispositions

¹⁰³⁹ *Code criminel*, article 63, précit.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, article 64 :

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, article 175 :

« (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, selon le cas :

a) n'étant pas dans une maison d'habitation, fait du tapage dans un endroit public ou près d'un tel endroit :
 (i) soit en se battant, en criant, vociférant, jurant, chantant ou employant un langage insultant ou obscène,
 [...]
 (iii) soit en gênant ou molestant d'autres personnes

[...]

c) flâne dans un endroit public et, de quelque façon, gêne des personnes qui s'y trouvent ;

d) trouble la paix et la tranquillité des occupants d'une maison d'habitation en déchargeant des armes à feu ou en causant un autre désordre dans un endroit public ou, n'étant pas un occupant d'une maison d'habitation comprise dans un certain bâtiment ou une certaine construction, troubler la paix et la tranquillité des occupants d'une maison d'habitation comprise dans le bâtiment ou la construction en déchargeant des armes à feu ou en causant un autre désordre dans toute partie d'un bâtiment ou d'une construction, à laquelle, au moment d'une telle conduite, les occupants de deux ou plusieurs maisons d'habitation comprises dans le bâtiment ou la construction ont accès de droit ou sur invitation expresse ou tacite.

(2) À défaut d'autre preuve, ou sous forme de corroboration d'une autre preuve, la cour des poursuites sommaires peut déduire de la preuve apportée par un agent de la paix sur le comportement d'une personne, même indéterminée, la survenance d'un désordre visé aux alinéas (1) a) c) ou d) ».

¹⁰⁴² *Aubert-Bonn c. Montréal (Ville de)* 2008 QCCA 950.

du règlement municipal ne constituaient pas un empiétement sur la compétence législative du Parlement en matière criminelle.

En effet, en vertu de la théorie du « double aspect » élaborée par la Cour suprême, la réglementation des « assemblées tumultueuses » de personnes fait partie de ces matières impossibles à classer dans un seul champ de compétence, de sorte qu'elles peuvent avoir à la fois une facette provinciale et une facette fédérale. Le fait que l'attroupement soit pénalement sanctionné par le *Code criminel* fédéral ne semble donc pas suffisant pour qualifier l'infraction réglementaire d'attroupement *ultra vires*.

En effet, d'après les juges de la Cour d'appel du Québec :

« [28] En accordant une compétence exclusive en matière criminelle au Parlement, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne visait pas à exclure toute matière ayant trait à la sécurité et à l'utilisation du domaine public [...].

[29] Ainsi le fait que des infractions relatives aux émeutes et aux attroupements illégaux soient déjà prohibées au *Code criminel* n'empêche pas une municipalité de réglementer l'usage de son territoire même si la réglementation en cause a des effets accessoires dans un domaine de compétence fédérale ».

On assiste ici à une interprétation flexible du principe de partage des compétences consacré par la *Loi constitutionnelle de 1867*. En effet, en l'espèce, les juges canadiens ont privilégié le maintien de deux normes pénalisant le même délit d'attroupement plutôt que de s'en tenir strictement au respect du principe d'exclusivité de la compétence fédérale en matière criminelle posée par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour ce faire, les juges canadiens ont fait appel à la théorie « du caractère véritable » de la loi et à la notion d'« effet incident ».

Le « caractère véritable » d'une législation est déterminé au regard du but visé par le législateur et de l'effet juridique de la loi¹⁰⁴³. Bien que l'objectif du règlement en question était la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics¹⁰⁴⁴, l'effet juridique de celui-ci, au même titre que les dispositions du *Code criminel*, était de sanctionner les attroupements qui troublent la paix. Ainsi, bien que

¹⁰⁴³ Renvoi relatif à la loi sur les armes à feu (*Can.*) [2001] 1 R.C.S. 783, au para. 16.

¹⁰⁴⁴ Règlement P-6, article 1^{er} :

« 1- Toute personne a le droit d'utiliser et de jouir des voies, parcs, et places publiques, ainsi que du domaine public de la ville, en toute paix et sécurité et dans l'ordre public » ».

l'objectif du règlement n'était pas d'interdire un comportement criminel *per se* mais d'assurer la jouissance paisible du domaine public, les conséquences juridiques des dispositions tantôt provinciales tantôt fédérales semblent les mêmes : la pénalisation de l'attroupement. La notion d'« effet incident » n'aurait peut-être pas dû permettre de conclure au caractère *intra vires* du règlement municipal. En effet, si c'est l'« objectif dominant » de la loi incriminée qui compte¹⁰⁴⁵, il peut difficilement être admis que l'article 2 du *règlement municipal* sanctionnant « les assemblées, défilés ou autres attroupement qui mettent en danger la sécurité ou l'ordre public » réglemente de manière incidente le délit d'attroupement. C'est pourtant ce que fait la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Aubert-Bonn*¹⁰⁴⁶ en rejetant l'argument de la similarité législative dès lors que l'infraction réglementaire emploie l'expression « mettre en danger la paix, la sécurité ou l'ordre public » alors que le législateur fédéral se réfère dans le *Code criminel* au fait de « troubler la paix tumultueusement ».

En revanche, il est possible d'affirmer que pour le juge canadien, il demeure une présomption de compétence provinciale pour sanctionner le délit d'attroupement alors même que cette conduite est déjà sanctionnée au niveau fédéral par le *Code criminel*. Autrement dit, la compétence *exclusive* en matière criminelle ne s'applique pas au délit d'attroupement. Il semble donc que tant qu'il n'existe pas de conflit entre l'infraction réglementaire et le *Code criminel*¹⁰⁴⁷, il est possible que le même délit d'attroupement soit doublement visé par une disposition fédérale et une mesure provinciale.

De la même façon, en droit français, la police administrative en matière d'attroupement bénéficie d'une présomption de compétence. En effet, la réglementation en matière d'attroupement est susceptible de porter directement atteinte à la liberté de manifestation dans l'espace public, elle concerne toujours la prévention des troubles à l'ordre public qui relève de la compétence des autorités administratives.

¹⁰⁴⁵ *Global securities corps c. Colombie-Britannique (Securities commission)* [2001] 1 R.C.S. 494.

¹⁰⁴⁶ *Aubert-Bonn c. Montréal (Ville de)* de 2008, précit., au para. 33.

¹⁰⁴⁷ Ibid. précit., au para. 33 citant *Multiple access Ltd. c. McCutcheon* [1982] 2 R.C.S. 161, à la p. 189.

Ainsi, l'article 431-3 du *Code pénal* concernant le délit d'attroupement prévoit, dans son deuxième alinéa, qu' :

« un attroupement peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser restées sans effets adressées dans les conditions et selon les modalités prévues par l'article L. 211-9 du Code de la sécurité intérieure ».

L'article L. 211-9 du *Code de la sécurité intérieure*, quant à lui, confie tant à l'autorité administrative qu'à la police judiciaire la compétence de procéder à la sommation de dispersion d'un rassemblement¹⁰⁴⁸. Autrement dit, en matière d'attroupement, il semble que la distinction entre police judiciaire et police administrative disparaisse et que les deux soient mises sur le même plan.

C'est sur cette même présomption de compétence réglementaire que le législateur espagnol, à travers la *ley organica* 1/2015¹⁰⁴⁹, d'une part, et la *ley organica* 4/2015¹⁰⁵⁰, d'autre part, a supprimé des délits du *Code pénal* pour les convertir en infractions administratives. Autrement dit, certaines conduites sont passées d'un cadre juridique pénal à un cadre juridique administratif. C'est le cas, par exemple, à l'article 36-1 du *Code pénal* qui qualifie d'infraction grave « la perturbation de la sécurité des citoyens lors d'acte publics, spectacles sportifs, culturel ou religieux ou toute autre réunion à laquelle assistent de nombreuses personnes ». Ce changement de cadre juridique n'est pas sans conséquence. En effet, les infractions administratives remplaçant des délits du *Code pénal* ne sont pas moins sévères¹⁰⁵¹ et les sanctions qui les accompagnent sont plus aisées à mettre en œuvre étant dépourvues des garanties

¹⁰⁴⁸ Article L. 211-9 du *Code de la sécurité intérieure* :

« Un attroupement, au sens de l'article 431-3 du Code pénal, peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser demeurées sans effet, adressées, lorsqu'ils sont porteurs des insignes de leur fonction, par :

1 Le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police ;

2. Sauf à Paris, le maire ou l'un de ses adjoints ;

3. Tout officier de police judiciaire responsable de la sécurité publique, ou tout autre officier de police judiciaire.

Il est procédé à ces sommations suivant des modalités propres à informer les personnes participant à l'attroupement de l'obligation de se disperser sans délai. Il est procédé à ces sommations suivant des modalités propres à informer les personnes participant à l'attroupement de l'obligation de se disperser sans délai. Toutefois, les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement peuvent faire directement usage de la force si des violences ou voies de fait sont exercées contre eux ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent ».

¹⁰⁴⁹ *Ley organica* 1/2015, précit.

¹⁰⁵⁰ *Ley organica* 4/2015, 30 mars 2015, de *protección de la seguridad ciudadana*.

¹⁰⁵¹ L'infraction qui était pénalement punie d'une amende d'un montant maximal de 12 000 € est à présent punie d'une amende pouvant aller jusqu'à 30 000 €.

consacrées en droit pénal. De plus, l'autorité compétente pour juger ces infractions n'est plus pénale mais administrative. Toutefois, des doutes demeurent quant à la présomption de compétence des autorités administratives pour sanctionner des comportements qui restreignent l'exercice de la liberté fondamentale de manifestation, en écartant ainsi toutes les garanties relatives au procès pénal. C'est d'ailleurs l'un des moyens qui ont été soulevés dans le cadre du recours en inconstitutionnalité formé à l'encontre de la loi organique relative à la protection et à la sécurité des citoyens¹⁰⁵², encore en attente de jugement¹⁰⁵³.

2. La présomption de nécessité de sauvegarder l'ordre public des mesures infralégislatives de limitation de participation à une manifestation

En 1978, dans son célèbre arrêt *Dupond*, la Cour suprême canadienne a justifié la constitutionnalité de l'infraction réglementaire d'attroupement posée par le *règlement municipal de la ville de Montréal* (ancêtre du *Règlement P-6*) uniquement à l'aune du principe de partage des compétences prévu aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982, le respect du partage des compétences législatives ne suffit plus à justifier la constitutionnalité d'une infraction réglementaire d'attroupement susceptible de restreindre les libertés consacrées d'expression et de réunion pacifique. En effet, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, au-delà du respect du principe de partage des compétences, les infractions réglementaires d'attroupement susceptibles de restreindre l'exercice de la liberté de manifestation constitutionnellement garantie par les libertés d'expression et de réunion des *alinéas 2*

¹⁰⁵² Tribunal constitutionnel, affaire n° 2896-2015. Sujet : recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados de los grupos parlamentarios Socialista : IU ICV-EUiA, CHA ; La Izquierda plural ; Union Progreso y democracia y grupo Mixto del congreso de los diputados sobre arts 19.2, 20.2 , 36.2, 36.23, 37.1 en relacion con el 30.3, 37.3, 37.7 y la disposicion final primera de la ley organica 4/2015 de 30 marzo de proteccion de la seguridad ciudadana.

¹⁰⁵³ J. J. Galvez, "Los conflictos que más "duermen" en el constitucional" (10 mars 2019) El País.

b) et 2 c) de la *Charte* doivent constituer des limites « raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Une infraction réglementaire est excessive lorsqu'elle empiète sur un comportement sans lien avec son objectif¹⁰⁵⁴. Or, le *Règlement P-6* disposait que :

« Les assemblées, défilés ou autres attroupement qui mettent en danger la paix, la sécurité ou l'ordre publics sont interdits sur les voies publiques de même que dans les parcs ou autres endroits du domaine public ».

Bien que le droit de manifestation puisse bénéficier de la protection constitutionnelle de la *Charte canadienne* en vertu de l'*alinéa 2 b* et de *2 c*), celle-ci exclut les manifestations troublant la paix dès lors que l'*alinéa 2 c*) consacre seulement un droit de réunion pacifique. Ainsi, l'infraction réglementaire interdisant les réunions non-pacifiques sur le domaine public a un lien rationnel avec l'objectif visé de préservation de la paix publique sur le domaine public. L'infraction réglementaire n'a pas de portée excessive dès lors qu'elle ne concerne que les manifestations troublant la paix publique, celles-ci ne bénéficiant d'aucune protection constitutionnelle¹⁰⁵⁵. Il en va de même en droit français et espagnol dans la mesure où tant l'article 21 de la *Constitution espagnole* que l'article 11 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* consacrent la liberté de réunion pacifique en excluant, de fait, les manifestations troublant la paix publique.

De plus, en 1933, le Conseil d'État français a érigé la nécessité d'ordre public en principe général du droit s'imposant aux mesures de police restreignant les libertés publiques en général et la liberté de réunion en particulier. Dans sa célèbre jurisprudence *Benjamin*, comme on l'a déjà relevé, le juge administratif a analysé la nécessité d'une mesure d'interdiction préventive de réunion à l'aune non seulement de l'existence du risque de trouble à l'ordre public extérieur qu'impliquait la réunion concernée mais également de la présence suffisante de moyens à disposition de l'autorité de police pour faire face à ces troubles. En l'espèce, le Conseil d'État a estimé

¹⁰⁵⁴ Voir : *Canada (procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72 [2013] 3 R.C.S. 1101, aux paras. 101, 112-113 ; *Carter c. Canada (procureur général)*, 2015 CSC 5 [2015] 1 R.C.S. 331, au para. 85.

¹⁰⁵⁵ *Aubert-Bonn c. Montréal (Ville de)*, précit., au para. 49.

que bien que la réunion prévue pour la conférence du polémiste René Benjamin ait suscité de nombreuses protestations de syndicats d'instituteurs, de telles circonstances ne pouvaient justifier une mesure d'interdiction de réunion préventive dès lors que le maire de la ville disposait des forces de police suffisantes pour maintenir la réunion tout en assurant le maintien de l'ordre public. Par conséquent, en prenant une telle mesure, le maire de Nevers avait excédé son pouvoir de police administrative et l'interdiction de réunion ainsi décidée était illégale.

Du principe de nécessité des mesures de police semble donc découler une exigence d'atteinte minimale. En effet, l'atteinte portée à la liberté de réunion par une mesure de police administrative n'est légale seulement s'il n'existe pas d'autres possibilités pour l'autorité de police, compte tenu des forces dont elle dispose, de protéger la réunion publique. En vertu de la jurisprudence *Benjamin*, il revient donc au juge administratif de vérifier, à travers le contrôle du risque avéré de trouble à l'ordre public extérieur et la présence ou non de forces de police suffisantes pour y faire face, qu'il existe un équilibre entre la sauvegarde de la liberté de réunion et les exigences d'ordre public¹⁰⁵⁶.

Toutefois, la récente jurisprudence *Dieudonné* de 2014 a semblé marquer le déclin de cette garantie d'un contrôle de nécessité des mesures de police limitant la liberté de réunion.

En effet, le juge du référé-liberté du tribunal administratif de Nantes, en première instance, a déclaré la mesure d'interdiction préventive du spectacle de Dieudonné illégale estimant que :

« si la préfecture de la Loire-Atlantique a été saisie de nombreuses protestations quant à la tenue du spectacle "Le Mur" et de la possibilité d'une manifestation devant la salle prévue pour le spectacle, il n'est pas justifié de ce que le préfet ne disposerait pas des moyens nécessaires propres à assurer le maintien de l'ordre public »¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁶ Olivier Gohin, « La liberté d'expression, liberté de réunion, police administrative et ordre public : l'affaire Dieudonné » (2014) RFDA 89.

¹⁰⁵⁷ TA Nantes, ord., 9 janvier 2014, *SARL Société de la plume et Dieudonné*, au considérant 9.

Cependant, en appel, le juge du référé liberté du Conseil d'État a pris ses distances avec le principe de nécessité des mesures de police administrative posé par la jurisprudence *Benjamin* en estimant que les interdictions contestées du spectacle de Dieudonné pouvaient se justifier par les risques que les propos tenus lors du spectacle soient « de nature à porter de graves atteintes au respect de valeurs et principes tels que la dignité de la personne humaine et à provoquer à la haine et la discrimination raciale »¹⁰⁵⁸. Ainsi, en l'espèce, le juge ne s'est pas attaché à l'examen des deux questions concrètes posées par la jurisprudence *Benjamin*, à savoir l'importance du risque de troubles à l'ordre public matériel et extérieur de la réunion en question ainsi que la présence suffisante ou non de moyens permettant à l'autorité de police de faire face à ces troubles. Dès lors, il semble que le contrôle de la nécessité des mesures de police ait été réalisé à l'aune d'un ordre public immatériel. On peut en déduire deux interprétations : soit la police administrative est garante d'un ordre public élargi entendu dans son acception immatérielle, soit l'ordre public qui fonde la compétence de la police administrative est indéterminé. Dans les deux cas, la légitimité de mesures de police sera toujours présumée. De cette façon, la garantie du contrôle de la nécessité posée par la jurisprudence *Benjamin* est annihilée. En effet, si la police administrative est garante d'un ordre public immatériel, l'autorité de police ne sera pas tenue de choisir, parmi une palette de mesures possibles, celle qui serait la moins contraignante ou la moins étendue au regard de l'exercice d'une liberté étant donné que seule une interdiction pure et simple pourra alors faire cesser un trouble d'ordre public moral¹⁰⁵⁹. D'un autre côté, si la jurisprudence *Dieudonné* est, comme certains commentateurs le pensent, un arrêt d'exception¹⁰⁶⁰, elle confirme néanmoins l'indétermination et la

¹⁰⁵⁸ Elodie Saillant-Maraghni, « Interrogations sur la nouvelle ordonnance Dieudonné » (2015) AJDA 1658-1659.

¹⁰⁵⁹ Gilles Le Chatelier, « L'ordre public, une notion nécessairement évolutive. L'"affaire Dieudonné" » (2014)3 AJ Collectivités territoriales 157-158.

¹⁰⁶⁰ Denys de Béchillon, professeur des universités (Pau, droit public) sur « L'affaire Dieudonné » : « Une réponse adaptée à une situation extraordinaire » Le Monde [en ligne] ; http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/10/dieudonne-le-conseil-d-etat-apporte-une-reponse-adaptee-a-une-situation-extraordinaire_4346331_3224.html].

malléabilité dangereuse de la notion d'ordre public en droit français pouvant justifier la nécessité de mesures de police plus ou moins restrictives au gré des cas d'espèce. Autrement dit, le contenu indéterminé de la notion d'ordre public pourrait être « étirer » de sorte à pouvoir justifier tout dispositif policier de nature administrative quel que soit son objet¹⁰⁶¹.

Une telle acception de l'ordre public contraste avec celle retenue dans les droits espagnol et canadien. En effet, dans sa décision STC 325/1994 du 12 décembre 1994, le Tribunal constitutionnel espagnol a considéré que la sécurité des citoyens comme la sécurité publique renvoient à la tranquillité de la rue, faisant ainsi un lien avec la notion d'ordre public ; autrement dit, une « situation de normalité » dans laquelle peuvent se dérouler diverses activités collectives sans qu'elles ne produisent de perturbation au fonctionnement normal des institutions. Ainsi, c'est la protection de l'ordre public extérieur qui fonde la compétence réglementaire en matière d'ordre public, de sorte que c'est le maintien de la tranquillité extérieure, qui peut s'assimiler à l'ordre matériel, qui guident les forces de police espagnoles en contexte de manifestation. De la même manière, la municipalité est compétente pour réglementer l'utilisation de son domaine public afin d'y garantir la sécurité.

Sous-chapitre 2. L'extension du contenu de la participation délictueuse à une manifestation

La participation à une manifestation tend à basculer de plus en plus dans le champ délictuel. Cette évolution est notamment due, on l'a noté, au rétrécissement de la catégorie des manifestations pacifiques bénéficiant des garanties de la liberté de réunion. En effet, comme conséquence de cette tendance, on observe une extension de la catégorie des attroupements qui sont par nature répréhensibles de sorte à qualifier certaines manifestations d'attroupements délictueux du simple fait de la présomption d'un trouble à l'ordre public pourtant inhérent à chaque rassemblement de plusieurs

¹⁰⁶¹ Marc-Antoine Granger, *Constitution et sécurité intérieure : essai de modélisation juridique*, op. cit., à la p. 88.

personnes sur la voie publique (Section 1).

De la même manière, la participation à une manifestation peut devenir délictueuse du fait de l'extension de la catégorie des comportements considérés comme susceptibles de troubler l'ordre public. Ainsi, l'élargissement de la notion « d'arme » permet une plus ample reconnaissance du délit de participation à une manifestation armée. D'autre part, l'introduction de nouveaux délits, comme celui de la dissimulation du visage lors d'une manifestation en droit français, témoigne d'un faible contrôle du pouvoir d'ingérence du législateur dans l'exercice de la liberté de manifestation sous couvert de protection de l'ordre public (Section 2).

Section 1. L'extension des manifestations délictuelles

Un attroupement peut désigner un simple « rassemblement inorganisé de personne sur la voie publique » ou « une réunion de personne en rébellion délibérée contre l'autorité ». La différence entre ces deux conceptions réside dans l'élément d'illégalité. Une manifestation non déclarée n'est pas constitutive d'un délit dès lors qu'elle ne trouble pas l'ordre public ; elle le devient qu'« en présence de violence ou de rébellion caractérisée ». Cela est le cas lorsqu'il y a refus - de la part des manifestants - d'obtempérer à un ordre de dispersion (A). Ainsi, dès que l'ordre de dispersion est donné, la participation à la manifestation en question ne relève plus de l'exercice d'un droit fondamental mais de la commission d'une infraction pénale. Le système de sommation permet de signaler aux participants que la manifestation a pris une nature délictuelle ; cependant, ce procédé n'ôte pas le doute quant à la conformité des attroupements délictueux non seulement avec les principes fondateurs du droit pénal, à savoir l'idée de culpabilité morale et d'un droit tourné vers le passé, mais également avec les garanties du droit à la liberté de manifestation. En effet, dès lors que toute manifestation porte en elle un risque intrinsèque de troubles à l'ordre public, l'existence d'un délit d'attroupement susceptible de troubler l'ordre public fait peser sur cette forme de réunion une lourde présomption de caractère délictuel (B).

A. *Les manifestations qui troublent l'ordre public*

1. De la participation violente en groupe à la préparation de ces violences de groupe

Dans aucun des systèmes juridiques étudiés n'est consacrée la liberté de participer à un rassemblement violent. Le *Code criminel* canadien punit les personnes prenant part à une émeute¹⁰⁶². En vertu de son article 64, une émeute est un attroupement illégal qui tend à « troubler la paix tumultueusement ». De la même manière, l'article 557 du *Code pénal espagnol* sanctionne les personnes qui, en groupe, altèrent la paix publique en commettant des actes de violences sur les personnes ou les biens. En droit français, l'article 222-14-2 du *Code pénal* punit :

« Le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire en vue de la préparation, caractérisé par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens ».

Créée par la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010, cette infraction complète l'article 222-14-1 du *Code pénal* qui incrimine les violences commises en « bande organisée » sur les personnes dépositaires de l'autorité publique¹⁰⁶³. Ainsi, on a pu se demander si la création de cette nouvelle infraction était conforme au principe de la nécessité des peines proclamé à l'article 8 de la *Déclaration* de 1789¹⁰⁶⁴ dès lors que la violence sur

¹⁰⁶² *Code criminel*, article 65 (1) :

« Quiconque prend part à une émeute est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de deux ans

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ».

¹⁰⁶³ Article 222-14-1 du *Code pénal* :

« Lorsqu'elles sont commises en bande organisée ou avec guet-apens, les violences commises avec usage ou menace d'une arme sur une personne dépositaire de l'autorité publique (...) sont punies ».

¹⁰⁶⁴ Hubert Lesaffre, « La décision du Conseil constitutionnel sur la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public : un épilogue hâtif » (5 mars 2010) 46 *Les petites affiches* p.4

des personnes¹⁰⁶⁵ ainsi que la destruction, la dégradation ou la détérioration de biens¹⁰⁶⁶ étaient déjà visées par les articles 222-7 à 222-11 et 322-1 du *Code pénal*. De plus, lorsque ces délits sont commis en groupe, le *Code pénal* prévoit une sanction aggravée¹⁰⁶⁷. Sur la question de la nécessité de cette nouvelle infraction de violence de groupe, le Conseil constitutionnel a néanmoins répondu que :

« Le principe de nécessité des peines n'interdit pas au législateur de prévoir que certains faits puissent donner lieu à différentes qualifications pénales ; que la nouvelle incrimination n'a ni pour objet ni pour effet de permettre qu'une même personne soit poursuivie en raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou condamnée par un jugement définitif ; qu'en tout état de cause, elle n'a ni le même champ d'application, ni la même définition, ni la même finalité que les délits d'association de malfaiteurs, prévu par l'article 450-1 du Code pénal, ou d'attroupement, prévu par ses articles 431-3 et suivants ; que la tentative de violences volontaires contre les personnes n'est pas punissable ; que, s'agissant d'une incrimination tendant à la répression d'actions préparatoires à la commission de certaines infractions, elle vise des agissements distincts des délits consommés avec les circonstances aggravantes de commission en réunion, en bande organisée ou par guet-apens ».

Autrement dit, le nouvel article 222-14-2 du *Code pénal* a créé une nouvelle incrimination de violence de groupe qui tend à réprimer non plus les violences commises en groupe mais les actes préparatoires à la commission de ces violences volontaires contre les personnes et les biens. De plus, le législateur abandonne l'expression « bande organisée » de l'article 222-14-1 du *Code pénal* pour préférer

¹⁰⁶⁵ Article 222-7 du *Code pénal* :

« Les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont punies de quinze ans de réclusion criminelle ».

Article 222-9 du *Code pénal* :

« Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

Article 222-11 du *Code pénal* :

« Les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

¹⁰⁶⁶ Article 322-1 du *Code pénal* :

« La destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui est punie... ».

¹⁰⁶⁷ Article 222-8 -8 du *Code pénal* :

« L'infraction définie à l'article 222-7 est punie de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise :
Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice... ».

Article 222-10- 8 du *Code pénal* :

« L'infraction définie à l'article 222-9 est punie de quinze ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise :
Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice... ».

Article 222-12-8 du *Code pénal* :

« L'infraction définie à l'article 222-11 est punie de quinze ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise :
Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice... ».

Article 322-3-1 du *Code pénal* :

« L'infraction définie au premier alinéa de l'article 322-1 est punie (...) :
Lorsqu'elle est commise par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice... ».

celle de « groupement, même formé de façon temporaire ». Ni le législateur ni le Conseil constitutionnel n'ont cependant apporté de précision sur la notion de « groupement temporaire » de sorte que ce qualificatif peut s'appliquer aux manifestations dès lors que le groupement temporaire de personnes constitue l'un des éléments de la définition d'une manifestation. Néanmoins, la personne poursuivie pour ce délit de participation à un groupement violent doit avoir participé « sciemment » à celui-ci et « en vue de la préparation de violences ou de dégradations ». Ainsi, ce délit est caractérisé par la preuve de la connaissance des faits matériels caractérisant la préparation d'actes de violence. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel a effectivement admis la constitutionnalité de ce nouveau délit dans sa décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010¹⁰⁶⁸. L'article 222-14-2 du *Code pénal* est ainsi une « infraction obstacle » dès lors qu'elle a pour objet de réprimer des actes préparatoires avant que ne soient commis des faits graves et ce indépendamment de la commission de ces derniers¹⁰⁶⁹. On retrouve de telles « infractions obstacles » en droit espagnol. La *ley organica* 1/2015 a ainsi ajouté un nouveau paragraphe à l'article 557 du *Code pénal* pour sanctionner aussi bien les individus qui commettent, en groupe, des actes de violences sur des personnes et des biens que ceux qui y incitent. Ce nouveau délit transforme l'incitation en un comportement punissable *per se*. Elle est désormais considérée comme une phase préparatoire aux actes de violence susceptibles d'avoir lieu et devient un délit autonome. Des doutes quant à la constitutionnalité de ce nouveau délit peuvent toutefois être émis dès lors qu'il semble aller plus loin que le

¹⁰⁶⁸ Cons. const., n° 2010-604 DC, 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, au considérant 12 :

« Considérant que le nouvel article 222-14-2 du Code pénal réprime le fait pour une personne, de participer sciemment à un groupement ; qu'il doit être établi qu'elle l'a fait en vue de commettre des violences contre les personnes ou des dommages aux biens, à la condition que la préparation de ces infractions soit caractérisée par un ou plusieurs fait matériels accomplis par l'auteur lui-même ou connus de lui ; que, dans ces conditions, la disposition critiquée n'instaure pas de responsabilité pénale pour des faits commis par un tiers ; qu'elle n'est pas contraire au principe selon lequel il n'y a ni crime ni délit sans intention de le commettre ; qu'elle ne crée ni présomption de culpabilité ni inversion de la charge de la preuve ; qu'en conséquence, elle ne porte atteinte ni à la présomption d'innocence ni aux droits de la défense ».

¹⁰⁶⁹ Hubert Lesaffre, « La décision du Conseil constitutionnel sur la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public : un épilogue hâtif », op. cit., à la p. 4.

délit de provocation visé par l'article 477 du *Code pénal espagnol*¹⁰⁷⁰ qui avait pourtant déjà été interprété de manière restrictive par la jurisprudence¹⁰⁷¹. En principe, sans la présence de l'élément intentionnel, les actes préparatoires ne peuvent faire l'objet de punitions. L'intention coupable ou l'esprit criminel, appelé *mens rea* en *common law*, constitue effectivement l'un des éléments essentiels, avec l'*actus reus*, de la responsabilité pénale. Ainsi, la culpabilité ne peut seulement découler d'un acte mais nécessite également un état d'esprit coupable¹⁰⁷² ; autrement dit, il ne peut y avoir de crime sans intention. Par ailleurs, ce n'est en principe que lorsqu'une personne adopte un comportement délictuel ou criminel qu'elle peut légitimement faire l'objet d'une punition. La tenir à l'avance responsable des actes qu'elle pourrait commettre dans le futur, sans qu'elle n'ait manifesté une moindre intention en ce sens, reviendrait à nier sa capacité de choisir le comportement adéquat à adopter¹⁰⁷³.

2. L'importance de l'ordre de dispersion

En droit espagnol, un groupement est tumultueux, donc pénalement sanctionné par l'article 544 du *Code pénal*¹⁰⁷⁴, dès lors qu'« il a pour finalité l'opposition à l'autorité ou au pouvoir institué ».

Ainsi, une manifestation devient un groupement tumultueux lorsque les participants résistent à l'autorité de police ou à ses agents, par des actes de violence à

¹⁰⁷⁰ Article 477 du *Código penal* :

« La provocacion, la conspiracion, y la proposicion para cometer rebelion seran castigada, ademas de con la inhabilitacion prevista en los articulos anteriores, con la pena de prision inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente ».

¹⁰⁷¹ David Carpio Briz, «Titulo XXI Delitos contra la constitucion» dans Mirentxu Corcoy Bidasolo, Santiago Mir Puig (dir.), Juan Sebastian Vera Sanchez (coord.) *Comentarios al código penal reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, à la p. 1566.

¹⁰⁷² Francis Villeneuve, « L'infraction d'attroupement illégal dans la régulation de la manifestation : un embarras pour la théorie pénale » (2017) 47 RGD 149, p.164.

¹⁰⁷³ Ibid., à la p. 166.

¹⁰⁷⁴ Article 544 du *Código penal* :

« Son reos de sedicion los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelion, se alcen publica y tumultariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vias legales, la aplicacion de las leyes o a cualquier autoridad, corporacion oficial o funcionario publico, el legitimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales ».

leur égard¹⁰⁷⁵, en leur désobéissant¹⁰⁷⁶ ou en adoptant une attitude de résistance passive¹⁰⁷⁷. Le Tribunal constitutionnel espagnol, dans sa décision du 29 mars 1990¹⁰⁷⁸, a considéré l'obéissance des manifestants comme un élément constitutif du caractère pacifique de la manifestation. Ainsi, en droit espagnol, dès que les forces de l'ordre ordonnent aux manifestants de se disperser, la manifestation perd son caractère pacifique pour devenir un groupement « tumultueux » et sort ainsi du champ de protection constitutionnelle de l'article 21 de la *Constitution*. En droit français aussi, si les manifestants refusent de mettre fin à la manifestation après les deux sommations réglementaires, celle-ci sera qualifiée d'attroupement délictueux. En effet, l'article 431-4 du *Code pénal* français dispose :

« Le fait pour celui qui n'est pas porteur d'une arme, de continuer volontairement à participer à un attroupement après les sommations est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

En droit canadien, l'ordre de dispersion peut également être utile pour établir la *mens rea* du délit d'attroupement. La constitutionnalité du délit d'attroupement, prévu à l'article 63 du *Code criminel*, a déjà été soulevée du fait de la difficulté pour les participants de déterminer s'ils participent à une manifestation constitutionnellement garantie ou à un attroupement délictueux engageant leur responsabilité pénale. À la lecture de l'article 63 du *Code criminel*, il semble qu'il suffit d'être présent à une

¹⁰⁷⁵ Article 550 du *Código penal* :

« Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidacion grave o violencia opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios publicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasion de ellas.

En todo caso, se consideraran acto de atentado los cometidos contra los funcionarios docente o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasion de ellas ».

¹⁰⁷⁶ Article 556 du *Código penal* :

« 1. Seran castigados con la pena de prision de tres meses a un ano o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el articulo 550, resistieren o desobedecieren gravamente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperacion y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Los que faltaren el respeto y consideracion debida a la autoridad en el ejercicio de sus funciones, seran castigados con la pena de multa de uno a tres meses ».

¹⁰⁷⁷ L'ancien article 634 du *Code pénal espagnol* condamnait le manque de respect et de considération aux forces de l'ordre ou la désobéissance dans l'exercice de leur fonction. Depuis, cet article a été supprimé et a été remplacé par des infractions administratives en vertu des articles 36.6 et 37.4 de la *ley organica 4/2015 de proteccion de seguridad ciudadana*.

¹⁰⁷⁸ STC, 59/1990, 29 mars 1990.

manifestation devenue un attroupement illégal pour être reconnu coupable de participer à un attroupement délictueux¹⁰⁷⁹. Une telle infraction peut cependant *a priori* difficilement être valide dans un système constitutionnel garantissant la liberté de manifestation. En effet, elle ne fait aucune distinction entre les manifestants participant délibérément à un attroupement délictueux et ceux qui ignorent que la manifestation est devenue un attroupement délictueux. Or, si les premiers ne peuvent bénéficier d'une protection constitutionnelle puisqu'il s'agit d'un comportement répréhensible, cela n'est pas le cas des seconds qui exercent leur liberté de manifestation. À ceci s'ajoute que l'attroupement illégal est un stade préliminaire de l'émeute¹⁰⁸⁰. De cette façon, « le trouble peut être assez distant »¹⁰⁸¹, de sorte que pour conclure à l'existence d'un attroupement illégal, il n'est pas exigé qu'un trouble soit imminent. L'attroupement illégal est un rassemblement qui fait craindre la survenance de troubles tumultueux à la paix ou, en d'autres termes, une émeute. Ce risque n'est donc pas encore matérialisé ; il peut même être assez éloigné dans le temps ou incertain¹⁰⁸². L'individu participant à une manifestation non violente est donc alors susceptible de voir sa responsabilité pénale engagée au nom de la nécessité d'éviter la survenue d'une éventuelle violence à court ou plus long terme.

Les juges de la Cour d'appel du Québec¹⁰⁸³, en reprenant le raisonnement de la Cour supérieure¹⁰⁸⁴ de la province dans l'arrêt *Lecompte*, ont tout de même confirmé la constitutionnalité de l'article 63 en spécifiant que :

¹⁰⁷⁹ *R. v. Patterson* 1930 Canlii 4444 (ON CA), 55 C.C.C. 218, spéc. à la p. 231. Dans cette affaire, il s'agissait d'une manifestation pacifique de chômeurs qui s'étaient avancés à l'intérieur d'une zone au cœur de la ville d'Hamilton. La manifestation était devenue un attroupement illégal après que des manifestants entreprirent de forcer le barrage policier. Les policiers laissant passer les manifestants, il n'y a pas eu de violence. En dépit du caractère pacifique de la manifestation, le leader Patterson a néanmoins été reconnu coupable d'avoir participé à un attroupement illégal. Cet arrêt a fondé d'autres décisions reprenant le même raisonnement : *R. v. Kalyn & al* (1980) 1980 CanLII 2953 (SK PC), 52 C.C.C. (2nd) 378 ; *R. v. Paulger and Les* (1982) 1982 CanLII 3848 (BC SC), 18 C.C.C. (3rd) 78.

¹⁰⁸⁰ Francis Villeneuve, « L'infraction d'attroupement illégal dans la régulation de la manifestation : un embarras pour la théorie pénale », op. cit., à la p. 170.

¹⁰⁸¹ André Jodouin, « La liberté de manifester » (1970) 1 RGD 9.

¹⁰⁸² Margot Kaminski, « Incitement to riot in the age of Flash mob » (2013) 81 :1 U Cin L Rev 1 16.

¹⁰⁸³ *Lecompte c. R.* 2000 Can LII 8782 QCCA.

¹⁰⁸⁴ *R. c. Lecompte*, 1999 CaLII 11949 (QC CS).

« [12] l'individu membre d'un attroupement n'est pas coupable en application de l'article 66 s'il ignore que les autres individus se sont rassemblés dans le but de troubler la paix ou que certains individus se sont conduits de manière à faire craindre, pour des motifs raisonnables, dans l'environnement en cause, qu'ils ne troublent la paix tumultueusement ».

L'ordre de dispersion permet d'établir une *mens rea* objective concernant le délit de participation à un attroupement. En effet, s'il est difficile d'identifier la volonté de rester dans une manifestation susceptible de troubler tumultueusement l'ordre public, l'ordre de dispersion permet de matérialiser cette volonté de rester dans une manifestation qui a été déclarée, par les organes compétents, comme étant devenue un attroupement susceptible de troubler l'ordre public. Ainsi, l'ordre de dispersion marque le point de départ de l'infraction d'attroupement. La désobéissance à un ordre de dispersion devient alors le fait matériel permettant de démontrer la volonté des personnes manifestant de participer à un attroupement susceptible de troubler tumultueusement la paix publique et, par conséquent, justifie leur interpellation et l'engagement de poursuites pénales.

Pour autant, si l'ordre de dispersion permet aux manifestants de connaître à quel moment leur participation à une manifestation constitutionnellement garantie engage leur responsabilité pénale, il ne les protège pas d'un risque. Le *Code criminel* canadien prévoit la proclamation de dispersion de personnes réunies illégalement et d'une façon émeutière ainsi que les autorités compétentes pour donner cet ordre de dispersion¹⁰⁸⁵. De plus, le second paragraphe de l'article 431-3 du *Code pénal français* dispose :

« Un attroupement peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser restées sans effet adressées dans les conditions et selon les modalités prévues par l'article L. 211-9¹⁰⁸⁶ du code de la sécurité intérieure ».

¹⁰⁸⁵ Article 67 du *Code criminel* :

« Un juge de paix, maire ou shérif, l'adjoint légitime d'un maire ou shérif (...) qui reçoit avis que, dans un endroit de son ressort, douze personnes ou plus sont réunies illégalement et d'une façon émeutière, doit se rendre à cet endroit et, après s'en être approché autant qu'il le peut en sécurité, s'il est convaincu qu'une émeute est en cours, ordonner le silence et alors faire ou faire faire, à haute voix, une proclamation dans les termes suivants ou en termes équivalents :
Sa majesté la Reine enjoint et commande à tous ceux qui sont ici réunis de se disperser immédiatement et de retourner paisiblement à leurs demeures ou à leurs occupations légitimes, sous peine d'être coupable d'une infraction pour laquelle, sur déclaration de culpabilité, ils peuvent être condamnés à l'emprisonnement à perpétuité. DIEU SAUVE LA REINE ».

¹⁰⁸⁶ Article L. 211-9 du *Code de la sécurité intérieure* :

« Un attroupement, au sens de l'article 431-3 du Code pénal, peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser restées sans effet adressées lorsqu'ils sont porteurs des insignes de leur fonction par :
1- Le représentant de l'État dans le département ou, à Paris le préfet de police ;
2- Sauf à Paris, le maire ou l'un de ses adjoints

Ainsi, il semble que ce soit l'ordre de dispersion non respecté qui marque le passage d'une manifestation constitutionnellement garantie à un attroupement pénalement sanctionné.

Dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 février 2014, il était question d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'inconstitutionnalité alléguée des dispositions des articles 431-3, alinéa 1^{er} et 431-4, alinéa 1^{er} du *Code pénal* « qui permettent à des autorités administratives de dissiper un rassemblement sur la voie publique dès lors qu'elles estiment qu'il est susceptible de troubler l'ordre public et qui exposent à une sanction pénale toute personne non armée qui n'obtempérerait pas à l'ordre de se dissiper »¹⁰⁸⁷. Les requérants arguaient que le délit d'attroupement tel que visé par ces dispositions portait atteinte au principe de la liberté de manifestation en tant que liberté d'expression collective des idées et des opinions. Ils soutenaient également que ces dispositions caractérisaient une incompétence négative du législateur affectant les droits et libertés précités. En effet, si l'absence de délimitation de la définition de l'attroupement est susceptible de porter atteinte à la liberté de manifestation constitutionnellement garantie en particulier, elle porte atteinte au principe de légalité de manière générale. Pour répondre à ces arguments et rejeter la demande de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation a fait valoir que les dispositions contestées ont été intégrées dans le texte par une ordonnance du 12 mars 2012 relative à la partie législative du *Code de la sécurité intérieure*. Or, cette ordonnance n'ayant fait l'objet d'aucune ratification législative, elle n'a qu'une valeur réglementaire et sa conformité ne peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité dès lors que l'article 61-1 de la *Constitution* ne concerne que les dispositions « législatives ». Cependant, malgré cette irrecevabilité, la chambre criminelle a tout de même motivé

3- Tout officier de police judiciaire responsable de la sécurité publique ou tout autre officier de police judiciaire
Il est procédé à ces sommations suivant des modalités propres à informer les personnes participant à l'attroupement de l'obligation de se disperser sans délai ».

¹⁰⁸⁷ Cass. crim., 18 octobre 2016, QPC, n° 15-84.940, publié au Bulletin officiel.

son refus de renvoi au Conseil constitutionnel sur le fond en estimant que la question posée était dépourvue de caractère sérieux étant donné que les dispositions contestées étaient suffisamment claires et précises pour exclure tout risque arbitraire dans l'interprétation qui pouvait en être faite par le juge pénal. De plus, la chambre criminelle a constaté qu'il appartenait à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, d'apprécier le caractère effectif ou non du « risque de trouble à l'ordre public créé par le rassemblement ». Elle a donc conclu que ces dispositions n'étaient pas susceptibles de porter atteinte, de façon disproportionnée, aux droits et libertés invoqués¹⁰⁸⁸.

De cette façon, les autorités compétentes disposent d'une grande marge d'action pour donner l'ordre de dispersion et, par là même, faire basculer une manifestation constitutionnellement garantie en un attroupement délictueux. Or, s'il est possible de contester devant le juge la qualification d'attroupement, le contrôle juridictionnel apparaît très restreint. Tout d'abord, en cas d'erreur d'appréciation quant à la qualification d'une manifestation en attroupement, un éventuel contrôle juridictionnel interviendrait bien après que le tort ait été causé aux manifestants. Ensuite, la malléabilité du contenu de la notion d'ordre public en droit français, ajoutée au risque de trouble inhérent à toute manifestation, jettent des doutes sur la possible effectivité d'un contrôle juridictionnel d'un ordre de dispersion bénéficiant d'un aussi large fondement juridique.

B. Les manifestations susceptibles de troubler l'ordre public

1. La délimitation de la crainte raisonnable du trouble à l'ordre public

En vertu de l'article 63(2) du *Code criminel* canadien, un attroupement est illégal lorsque le comportement de personnes qui se réunissent est de nature à faire craindre à des personnes se trouvant dans le voisinage, pour des motifs raisonnables,

¹⁰⁸⁸ Voir : Cass. crim., 25 février 2014, QPC, n° 13-90.039, Bull. Crim. 2014 n° 55.

que se produise un trouble tumultueux à la paix publique. En d'autres termes, pour qu'une manifestation constitutionnellement garantie se transforme en un attroupement délictueux, il est requis en droit canadien que les personnes ainsi réunies se conduisent de manière à susciter une crainte chez des personnes se trouvant aux alentours. L'objet de cette inquiétude peut résider dans la peur que les personnes rassemblées troublent tumultueusement la paix mais également dans la crainte que celles-ci provoquent des tiers à le faire. Ainsi, en droit canadien, en matière d'attroupement, la conduite criminalisée est tributaire des inquiétudes du voisinage. Cela rend toute manifestation pacifique vulnérable au risque de contre-manifestation.

Une telle limitation de la liberté de manifestation est exclue du droit conventionnel européen. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt *Plattform Artze Für Das Leben c. Autriche* de 1988¹⁰⁸⁹ a posé le principe selon lequel une manifestation ne peut être interdite pour le simple motif d'un risque de contre-manifestation¹⁰⁹⁰. En effet, si une manifestation peut, par nature, donner lieu à des mécontentements, voire des heurts, de la part de certaines personnes hostiles au message qu'elle promeut (en l'espèce, il s'agissait d'une association s'opposant à l'avortement), « les participants doivent pouvoir organiser une manifestation pacifique afin de jouir de leur droit de s'exprimer collectivement, sans avoir à redouter des brutalités que leur infligeraient leurs adversaires. En effet, car de telles craintes risquerait de dissuader les associations ou autres groupes défendant des opinions ou intérêts communs. Dans une démocratie, le droit de contre-manifester ne saurait aller jusqu'à paralyser l'exercice du droit de manifester », nous dit la Cour de Strasbourg¹⁰⁹¹. C'est également en ce sens que dans un arrêt en date du 21 octobre 2010, *Alekseyev c. Russie*, les juges européens ont condamné plusieurs interdictions de la *Gay pride*. Pour

¹⁰⁸⁹ *Plattform Artze für das Leben c. Autriche*, 21 juin 1988, CEDH, 10126/82.

¹⁰⁹⁰ « *La pratique de la contre-manifestation trouve sa définition en ce qu'elle consiste pour des personnalités ou des groupements opposés à ceux qui organisent la réunion à appeler leurs sympathisants à entraver le déroulement normal de celle-ci* ». Jean Morange, *Droits de l'Homme et libertés publiques*, Paris, PUF, 2000, à la p. 212.

¹⁰⁹¹ *Plattform Artze für das Leben*, CEDH, précit., au para. 32.

la Cour européenne, en l'espèce, la peur de réactions hostiles vis-à-vis de manifestations visant à rendre visible les personnes homosexuelles et promouvant la liberté et l'égalité des orientations sexuelles et des identités de genre, ne peut justifier les interdictions du maire de Moscou. En conséquence, la Cour européenne a exigé des autorités publiques qu'elles prennent toutes les mesures requises afin de permettre l'exercice des manifestations en question. Ainsi, pour les juges européens, l'État a l'obligation positive de faciliter l'exercice de la liberté de manifestation en prenant les mesures nécessaires pour assurer le bon déroulement d'une manifestation, d'une part, et empêcher des troubles éventuels, d'autre part¹⁰⁹². De cette façon, aux yeux de la Cour européenne, une manifestation ne peut sortir du champ de garantie de la liberté de réunion pacifique consacrée par l'article 11 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* du fait de la crainte d'une réaction d'autrui susceptible de troubler l'ordre public. Une telle interprétation ferait donc obstacle à l'infraction visée à l'article 63(2) du *Code criminel canadien*.

Cependant, aux termes de l'article 10 de la *Constitution espagnole*, les organes nationaux sont liés aux arrêts de la Cour européenne et donc notamment à cette jurisprudence selon laquelle la réaction hostile que provoque une manifestation ne pourra en aucun cas permettre qu'elle soit qualifiée d'attroupement délictueux. Dans le cas de la France, on peut alors se demander dans quelle mesure les nombreuses interdictions visant les manifestations des « gilets jaunes »¹⁰⁹³ étaient conformes à la jurisprudence de la Cour européenne dès lors qu'elles se fondaient sur la crainte « que des individus, violents et très mobiles (...) susceptibles de venir se greffer à ces rassemblements afin d'en découdre avec les forces de l'ordre, de commettre des dégradations (...) et, avec pour objectif principal, de s'attaquer aux institutions et

¹⁰⁹² Roseline Letteron, *Libertés publiques*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2012, à la p. 543.

¹⁰⁹³ « Gilets jaunes : interdictions de manifester à Paris, Nice, Toulouse et dans une douzaine d'autres villes », *Le Monde*, 23 mars 2019 : « Il existe des raisons sérieuses de penser que les violences et dégradations commises samedi dernier sont susceptibles de se reproduire à l'occasion des rassemblements annoncés pour l'acte 19 ».

principalement la présidence de la République »¹⁰⁹⁴. D'une part, pareil procédé condamne toute manifestation à être automatiquement appréhendée en un attroupement délictueux susceptible de troubler l'ordre public indépendamment de l'attitude pacifique ou non des participants ; d'autre part, un tel dispositif rend toute manifestation pacifique vulnérable aux agissements hostiles de tiers mal intentionnés¹⁰⁹⁵. C'est en ce sens que l'on parlera de criminalisation de la contestation sociale : sous couvert d'éviter des groupements susceptibles de troubler l'ordre public, les autorités compétentes peuvent étouffer une contestation sociale en faisant tomber automatiquement toutes les manifestations du mouvement social dans la catégorie d'attroupements susceptibles de troubler l'ordre public. Dans pareil cas, les autorités compétentes ne respecteraient pas l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer un exercice pacifique de la liberté de manifestation découlant de la liberté de réunion. Cependant, à l'inverse du droit espagnol qui reconnaît une valeur constitutionnelle à l'interprétation de la Cour européenne, en droit français, le principe de l'obligation positive dégagée par la jurisprudence de Strasbourg ne peut faire obstacle à une telle application de l'article 431-3 du *Code pénal* précité. En effet, bien que l'article 55 de la *Constitution française* octroie aux libertés consacrées par la *Convention européenne* une valeur supra-législative, les juridictions ordinaires

¹⁰⁹⁴ Voir, par exemple : arrêté n° 2019-00200 du 1^{er} mars 2019 portant mesure de police applicables à Paris à l'occasion d'appels à manifester dans le cadre du mouvement dit des « gilets jaunes » le samedi 2 mars 2019, au considérant 4 :

« Considérant que, à l'instar des samedi précédents, il y a tout lieu de penser que des individus, violents et très mobiles sont susceptibles de venir greffer à ces rassemblements afin d'en découdre avec les forces de l'ordre, de commettre des dégradations du mobilier urbain, de véhicule de commerces et, avec pour objectif principal, de s'attaquer aux institutions et principalement la présidence de la République ».

Voir aussi : arrêté n° 2019-00327 du 4 avril 2019 portant mesures de police applicables à Paris à l'occasion

d'appels à manifester dans le cadre du mouvement dit des « gilets jaunes » le samedi 6 avril :

« Titre premier : mesures interdisant tout rassemblement se revendiquant des "gilets jaunes" ainsi que le port et le transport d'armes avenue des Champs-Élysées et dans un périmètre comprenant la présidence de la République et l'assemblée nationale ».

¹⁰⁹⁵ Michael Head, *Crimes against the State: From treason to terrorism*, Farnham (Surrey, R-U), Ashgate, 2011, à la p. 236 :

« Thus, perversely, a lawful gathering or protest can become unlawful as a result of the actions of others who oppose the gathering, even if those opposing actions are "improper". This provision opens the door for political opponents, or provocateurs, to transform an otherwise peaceful demonstration or meeting into an unlawful assembly ».

françaises ne sont aucunement liées par les arrêts de la Cour de Strasbourg. Autrement dit, il se pourrait qu'une réaction hostile à une manifestation puisse suffire pour la considérer comme un attroupement illégal susceptible de troubler l'ordre public et donc la réprimer au sens de l'article 431-3 du *Code pénal*.

2. L'application du régime d'attroupement susceptible de troubler l'ordre public aux manifestations

L'infraction d'attroupement prévue à l'article 63 du *Code criminel canadien* et à l'article 431-3 du *Code pénal français* est essentiellement préventive et exige un faible degré d'intention. Or, en étendant le champ de la responsabilité pénale de la commission d'un trouble à l'ordre public à l'étape préalable à sa réalisation, à savoir la crainte que l'ordre public soit troublé, l'infraction d'attroupement fait peser sur toute manifestation le risque d'être pénalement sanctionnée sans qu'il n'y ait besoin que le trouble à l'ordre public soit avéré. Pourtant, en vertu de la liberté de réunion pacifique dont découle la garantie constitutionnelle de la liberté de manifestation pacifique, une manifestation est exclue du champ de protection constitutionnelle seulement lorsqu'elle perd son caractère pacifique ; autrement dit, dès lors que « ses participants, ou une partie considérable de ses participants, mettent en danger par leurs actes, les personnes ou les biens »¹⁰⁹⁶.

S'agissant du *Code criminel* canadien, l'un des éléments matériels constitutifs de l'infraction d'attroupement est la réunion d'au moins trois personnes. D'autre part, la *mens rea* de cette infraction réside dans l'intention d'atteindre un but commun qui peut toutefois être assez large, de sorte que la simple intention de participer à une manifestation peut constituer ce but commun caractéristique de l'infraction d'attroupement¹⁰⁹⁷. Or, depuis la jurisprudence *Pepsi Cola*, la Cour suprême a exclu de considérer que la participation à une manifestation soit un comportement

¹⁰⁹⁶ Domingo Perez Cataño, *Regimen juridico del derecho de reunion y manifestacion*, Madrid, Ministerio del interior, 1997, à la p. 98.

¹⁰⁹⁷ Francis Villeneuve, « L'infraction d'attroupement illégal dans la régulation de la manifestation : un embarras pour la théorie pénale », op. cit., à la p. 173.

intrinsèquement délictueux dès lors qu'elle fait l'objet d'une protection constitutionnelle à travers les garanties des libertés d'expression et de réunion pacifique consacrées par la *Charte canadienne*¹⁰⁹⁸. De cette façon, le fait de vouloir participer à une manifestation ne peut constituer le but commun caractérisant la *mens rea* de l'infraction d'attroupement. Pareille *mens rea*, jetterait de sérieux doutes quant à la conformité constitutionnelle de l'article 63 du *Code criminel*. Pourtant, alors même que l'infraction d'attroupement réside dans l'intention de participer à un rassemblement susceptible de troubler tumultueusement la paix, il semble qu'il ne soit pas nécessaire d'avoir eu l'intention de troubler la paix mais seulement d'avoir eu un but commun avec un groupe de personnes qui elles ont été susceptibles de troubler l'ordre public. Par conséquent, le simple fait d'avoir participé à une manifestation peut suffire pour engager sa responsabilité pénale étant donné que toute manifestation porte en elle le risque de troubler l'ordre public et de devenir un attroupement délictueux. Au vu de la possible confusion avec la participation à une manifestation, on peut douter de la constitutionnalité d'une telle infraction d'attroupement délictueux ; en particulier du fait de son défaut de précision. En effet, pour qu'une loi ne soit pas trop imprécise, il est nécessaire que celle-ci fournisse « un guide suffisant pour un débat judiciaire en ce qui a trait à l'étendue de la conduite prohibée »¹⁰⁹⁹. Or, l'article 63 du *Code criminel* ne permet pas de déterminer dans quelle mesure l'on participe à une manifestation constitutionnellement garantie ou à un attroupement pénalement sanctionné. Cette disposition ne prescrit pas que les personnes participant à l'attroupement doivent connaître l'existence de ces craintes. Sur ce point, il est alors tout à fait concevable, par exemple, que quelques individus, se trouvant à un endroit dans une manifestation, agissent de façon à faire craindre objectivement un trouble à la paix publique mais que celui-ci ne puisse être perçu par les manifestants se trouvant à un autre endroit dans la même manifestation. Le citoyen participant à une manifestation peut donc se retrouver

¹⁰⁹⁸ *SDGMR, section local 558 c. Pepsi Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 R.C.S. 156.

¹⁰⁹⁹ *Ontario c. Canadien Pacific Ltée.* [1995] 2 R.C.S.1031, à la p. 1070.

au sein d'un attroupement illégal au sens de l'article 63 du *Code criminel* et encourir une arrestation et une condamnation en vertu de l'article 66 du même texte sans même le savoir. Une telle confusion est susceptible de porter atteinte aux droits et libertés et à la sécurité garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne*¹¹⁰⁰ ; autrement dit, de contrevenir au principe de justice fondamentale.

C'est en ce sens que la Cour du Québec a déclaré l'inconstitutionnalité de l'article 63. En effet, en l'espèce, le juge a estimé que l'article 63 du *Code criminel* ne répondait pas aux critères de la limite raisonnable au sein d'une société démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*. Précisément, il considéré que :

« L'article 63 du *Code criminel* tel que rédigé, est tout à fait inéquitable pour le citoyen qui désire de bonne foi participer à une manifestation. Le critère retenu pour déterminer le caractère illégal d'un attroupement, soit les motifs d'un tiers qui n'est pas dans la situation des participants à l'attroupement, n'écarte pas la possibilité, ni la probabilité, que des innocents soient déclarés coupables. De plus, il est vraisemblable de croire que des citoyens, craignant une telle situation, ne s'abstiennent de participer à certaines réunions ou assemblées et, (...), ne se trouvent ainsi privés du droit fondamental de réunion pacifique. Une telle situation est absolument inacceptable dans une société libre et démocratique et ne constitue nullement une atteinte minimale aux droits fondamentaux »¹¹⁰¹.

Toutefois, la Cour d'appel du Québec n'a pas retenu un tel motif d'inconstitutionnalité. Pour elle :

« Le désir du législateur de prévenir les émeutes est un objectif impérieux. Et les article 63 (1) a) et 66 ont un lien rationnel avec cet objectif. D'autre part, on ne peut pas voir comment le législateur pourrait raisonnablement empêcher la survenance d'émeutes autrement qu'en prohibant la poursuite d'une manifestation qui est sur le point de dégénérer en émeute. [L'infraction d'attroupement] est évidemment un moindre mal, par rapport au risque d'émeutes »¹¹⁰².

Par ailleurs, la Cour d'appel ne retient pas le motif selon lequel le délit d'attroupement porterait atteinte aux *alinéas 2b) et 2c)* de la *Charte canadienne*. Elle se contente de constater que les articles 63 (1) a) et 66 du *Code criminel* ne prohibent

¹¹⁰⁰ Article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés fondamentales* :

« Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

¹¹⁰¹ *R. c. Popovic*, 1998 CanLII 11141 (QC CQ), au para. 36.

¹¹⁰² *R. c. Lecompte* 2000 Can LII 8782 (QC CA), au para. 17.

pas les réunions pacifiques et n'ont pas pour but d'empêcher les manifestations pacifiques de se dérouler.

De la même manière, en droit français, les attroupements sont pénalement sanctionnés ; qu'ils troublent l'ordre public ou qu'ils soient susceptibles de le faire. En effet, selon l'article 431-3 du *Code pénal*, constitue un attroupement tout rassemblement de personne sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public. Or, si l'on peut définir la manifestation comme « un groupe utilisant la voie publique pour exprimer une opinion, des protestations ou des revendications par sa présence, ses gestes ou ses cris »¹¹⁰³ et qui « comporte des attitudes, des acclamations, des invectives »¹¹⁰⁴, ces éléments de définitions engendrent d'office une présomption « d'atteinte à l'ordre public ». L'infraction d'attroupement susceptible de troubler l'ordre public peut donc inclure une manifestation pacifique. Dans pareil cas, un manifestant exercerait à la fois son droit fondamental de manifester et serait coupable de participer à un attroupement illégal.

C'est pourquoi, au-delà d'être une tâche délicate - dans la mesure où toute manifestation, par son agitation du fait d'une grande concentration humaine sur la voie publique¹¹⁰⁵, est susceptible d'être un attroupement -, dissocier la manifestation de l'attroupement se révèle être une tâche nécessaire pour qu'un tel délit puisse être constitutionnellement conforme. En effet, la présomption d'atteinte à l'ordre public semble indissociable d'une manifestation. Or, cette présomption ne peut que desservir la liberté de manifestation en la condamnant au délit pénalement sanctionné d'attroupement susceptible de troubler l'ordre public. Il est, par conséquent, important de procéder à une interprétation restrictive des risques de troubles à l'ordre public inhérents à la manifestation, comme tout grand rassemblement de personnes, afin que celle-ci ne soit pas automatiquement qualifiée d'attroupement susceptible de troubler l'ordre public tel que cela fut le cas pour de nombreuses manifestations des « gilets

¹¹⁰³ Jacques Robert, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, op. cit., à la p. 580.

¹¹⁰⁴ Joseph Barthélémy, Bernard Pacteau, *Précis de droit public*, Paris, Dalloz, 2006.

¹¹⁰⁵ Voir notamment sur le sujet : Gustave Lebon, *Psychologie des foules*, Paris, PUF, 1963.

jaunes ». C'est en ce sens que l'ordre de dispersion apparaît comme une garantie pour les manifestants de connaître le point de départ de l'infraction. Il n'en demeure pas moins que les barrières de protection qui séparent les manifestants pacifiques des participants à un attroupement demeurent très fragiles et entre les mains de l'autorité de police qui décide, en donnant l'ordre de dispersion, de faire basculer une manifestation dans le régime de l'infraction d'attroupement. Par ailleurs, le caractère « protecteur » des sommations est à nuancer dans la mesure où les représentants de la force publique peuvent être dispensés de recourir aux sommations exigées notamment, en vertu de l'article L. 211-9 du *Code de la sécurité intérieure*, lorsque :

« des violences et des voies de fait sont exercées contre eux ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent ».

Autrement dit, en cas de violence de la part de certains individus présents dans le rassemblement, le mécanisme des sommations de se disperser disparaît. Dès lors, un manifestant peut voir sa responsabilité engagée sans même savoir qu'il commet un délit, par le simple fait de sa présence.

Section 2. L'élargissement des comportements susceptibles de troubler l'ordre public

En vertu de la reconnaissance de la liberté de réunion pacifique, les manifestations armées sont non seulement exclues du champ de protection des manifestations pacifiques mais également pénalement sanctionnées. Néanmoins, encore convient-il de distinguer le délit de participation armée à une manifestation et la participation à une manifestation armée. En effet, s'il est aisé d'exclure la protection de la liberté de manifestation aux manifestants armés et d'engager leur responsabilité pénale, il est plus difficile de justifier l'exclusion de l'application ces garanties aux

manifestants non armés participant à une manifestation dans laquelle se trouve des manifestants armés. En effet, une telle infraction est non seulement susceptible d'établir un régime de responsabilité du fait d'autrui, contraire aux principes du droit pénal, mais aussi de porter une atteinte excessive à la liberté de manifestation dès lors qu'elle conditionnerait son exercice à l'obligation, pour chaque manifestant, de s'assurer que tous les autres manifestants ne soient pas armés. À ceci s'ajoute l'extension de la catégorie des armes qui ne fait qu'aggraver l'indécision de la délimitation du délit de participation à un attroupement armé (A). On observe également un élargissement des infractions pénales restreignant la liberté de manifestation à travers l'apparition du délit de dissimulation du visage à l'occasion d'une manifestation. Un tel délit contraint les manifestants à renoncer totalement à leur anonymat ou, dans certains, à un élément susceptible de constituer une partie importante du message exprimé par leur participation à une manifestation. La conformité constitutionnelle d'une telle ingérence dans l'exercice de la liberté de manifestation en droit français contraste avec le système juridique québécois et révèle la faiblesse du contrôle de constitutionnalité « à la française » qui, en matière de restriction de l'exercice de la liberté de manifestation, n'est qu'un contrôle minimum (B).

A. La délimitation du délit de participation à un attroupement armé

1. La distinction entre le délit de participation à un attroupement armé et le délit de participation armée à une manifestation

La liberté de participer à une manifestation « non pacifique et armée » n'est pas reconnue. Il est évident que toute manifestation perd son caractère pacifique dès lors qu'elle est armée. Ainsi, même si l'article 11 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* ainsi que l'alinéa 2 c) de la *Charte canadienne* ne reprennent pas la formulation de l'article 21 de la *Constitution espagnole* consacrant explicitement un droit de réunion pacifique et sans arme, la simple reconnaissance de la liberté de réunion pacifique suffit à exclure les manifestations armées du champ de garantie.

Autrement dit, les réunions et manifestations dans lesquelles les participants sont armés sont écartées du champ de protection de la garantie de la liberté de réunion pacifique. Ainsi, l'article 513-2 du *Code pénal espagnol* qualifie de « manifestations illicites », les manifestations « dans lesquelles les participants portent des armes, explosifs ou tout objets contondants ou autrement dangereux ». Pour la doctrine majoritaire espagnole, l'acte préparatoire d'une participation armée à une manifestation sort cependant du champ d'application de l'infraction de l'article 513-2 du *Code pénal* dès lors qu'une telle interprétation s'étendrait au délit de conspiration strictement délimité par le droit pénal espagnol¹¹⁰⁶. De plus, aux termes de l'article 513-2 du *Code pénal*, pour qu'une manifestation puisse être qualifiée d'illicite, il est nécessaire que plus d'un participant soient armés. Sans donner un nombre exact de participants armés à partir duquel il est possible de qualifier une manifestation d'attroupement armé, la jurisprudence parle d'un nombre « suffisamment important »¹¹⁰⁷.

Bien que les droits pénaux français et canadien soient dépourvus d'une telle disposition, on peut fort bien imaginer qu'une manifestation dans laquelle des participants sont armés tombe sous le coup du régime juridique de l'infraction d'attroupement délictueux. En effet, l'article 431-3 du *Code pénal français* et l'article 63 du *Code criminel canadien* visent tous les deux le délit d'attroupement susceptible de troubler l'ordre public de manière assez large pour y inclure les manifestations dont les participants sont armés. Mais, des doutes surgissent quant à savoir à partir de combien de participants armés une manifestation peut être qualifiée d'attroupement armé. Le droit français comme espagnol restent silencieux à cet égard. De cette façon, le délit d'attroupement armé rend les manifestations vulnérables aux quelques participants armés. À l'inverse, en droit canadien, comme on l'a déjà noté, dès lors qu'un attroupement désigne un rassemblement d'au moins trois personnes¹¹⁰⁸, on peut

¹¹⁰⁶ Vicente Valiente Ivanez, "Artículo 513", dans Mirentxu Corcoy Bidasolo, Santiago Mir Puig (dir.), Juan Sebastian Vera Sanchez (coord.), *Comentarios al código penal reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, à la p. 1614.

¹¹⁰⁷ Voir, par exemple : Sentencia de juzgado de lo penal de Huelva, 131/2008, 14-4.

¹¹⁰⁸ Article 63 (1) du *Code criminel* :

imaginer qu'il suffit que trois personnes soient armées pour qu'une manifestation bascule dans le régime juridique de l'infraction d'attroupement armé. Or, qu'il soit violent ou armé, le délit d'attroupement pose problème étant donné qu'il implique une responsabilité pénale du fait d'autrui. En effet, dans la mesure où le port d'une arme par certains participants à une manifestation la transforme en attroupement délictueux, les autres participants, y compris ceux qui sont pacifiques et ne portent pas d'arme, sont susceptibles de voir leur responsabilité pénale engagée pour participation à un attroupement armé alors même qu'ils ne font seulement qu'exercer leur droit fondamental de manifester pacifiquement. Le manifestant, qu'il soit pacifique ou sans arme, risque donc que d'être reconnu responsable d'un délit en raison du port d'arme par d'autres individus, donc pour des faits sur lesquels il n'a aucun contrôle et qui ne le concerne pas. Le même raisonnement peut être appliqué au délit d'attroupement susceptible de troubler l'ordre public que l'on retrouve aux articles 431-3 du *Code pénal* français et 63 du *Code criminel* canadien dès lors que ces infractions accordent peu de poids à la faute individuelle qui s'efface au profit du groupe¹¹⁰⁹.

Dès lors, ce délit d'attroupement délictueux prévu par le droit pénal français et canadien ainsi que le délit de manifestation illicite de l'article 513 du *Code pénal espagnol* sont à différencier du délit particulier de participation à une manifestation en étant porteur d'une arme.

En effet, l'article 431-5 du *Code pénal français* punit :

« Le fait de participer à un attroupement en étant porteur d'une arme ».

En outre, l'article 431-10 du *Code pénal français* sanctionne :

« Le fait de participer à une manifestation ou à une réunion publique en étant porteur d'une arme ».

« Un attroupement illégal est la réunion de trois individus ou plus qui, dans l'intention d'atteindre un but commun, s'assemblent, ou une fois réunis se conduisent, de manière à faire craindre, pour des motifs raisonnables, à des personnes se trouvant dans le voisinage de l'attroupement ».

¹¹⁰⁹ Francis Villeneuve, « L'infraction d'attroupement illégal dans la régulation de la manifestation : un embarras pour la théorie pénale », op. cit., à la p. 174.

De la même manière, mais sans différencier le fait de participer à une manifestation ou un attroupement, l'article 89(1) du *Code criminel canadien* prévoit que :

« commet une infraction quiconque, sans excuse légitime, porte une arme, un dispositif prohibé, des munitions ou des munitions prohibées alors qu'il assiste ou se rend à une assemblée publique ».

À l'inverse du délit d'attroupement délictueux ou des manifestations illicites, le délit de participation armée à une manifestation ne permet pas de juger une personne pour des actes commis par des tiers. L'élément intentionnel réside ici dans un fait personnel ; celui de porter une arme dans une manifestation.

2. La délimitation du concept d'arme en contexte de manifestation

L'article 513-2 du *Code pénal espagnol* condamne les manifestations illicites « dans lesquelles les participants portent des armes, explosifs ou tout objet contondant ou autrement dangereux ». Un objet est considéré comme une arme à l'aune de sa capacité à mettre en danger la vie et l'intégrité physique des personnes. Pour la jurisprudence majoritaire, un objet est une arme dès lors qu'il peut objectivement être un instrument dangereux susceptible de produire un dommage à la vie, l'intégrité ou la santé des personnes. Un objet est potentiellement dangereux lorsqu'il est une arme par nature, autrement dit qu'il est dangereux *per se*. C'est le cas des objets qui provoquent légitimement la peur ou la crainte tels que les armes à feu¹¹¹⁰ ou les armes blanches¹¹¹¹. Outre ces armes par nature, un objet peut être une arme par destination lorsque son utilisation crée une situation de risque pour la vie, l'intégrité ou la santé des personnes. C'est le cas, par exemple, des objets en verre¹¹¹² et des pierres¹¹¹³. Dans le même sens, en droit français, l'article 132-75 du *Code pénal*¹¹¹⁴ donne une définition large de

¹¹¹⁰ SSTS 468/07 18-5.

¹¹¹¹ SSTS 809/07 11-10 ; 83/07 2-2 ; 1199/06 11-12.

¹¹¹² SSTS 162/10 24-2 ; 1348/09 30-12 ; 751/07 21-9.

¹¹¹³ SSTS 519/07 14-6.

¹¹¹⁴ Article 132-75 du Code pénal :

« Est une arme tout objet conçu pour blesser. Tout autre objet susceptible de présenter un danger pour les personnes est assimilé à une arme dès lors qu'il est utilisé pour tuer, blesser ou menacer ou qu'il est destiné, par celui qui en est porteur, à tuer, blesser ou menacer ».

l'« arme » dans la mesure où elle désigne aussi bien « les armes par nature, c'est-à-dire, l'objet dont la seule utilité est de servir à l'attaque ou à la défense (armes à feu, poignards...) que les armes par l'usage qui en est fait ou qui peut en être fait (chaîne de bicyclette, boulon ou laisse à chien) »¹¹¹⁵. Par « arme », on peut donc entendre « n'importe quel objet susceptible de causer des dommages aux personnes ou aux biens dès lors qu'il est utilisé comme un instrument d'agression ». Toutefois, une interprétation trop large viendrait restreindre excessivement le droit de manifester¹¹¹⁶. En effet, si « n'importe quel objet susceptible de causer un dommage physique à un tiers » est considéré comme une potentielle arme, alors tous les objets, selon l'utilisation que l'on en fait, peuvent blesser autrui et donc sont susceptibles d'être vus comme des armes. Cela revient à élargir de manière illimitée la catégorie de manifestations délictueuses. En effet, les mégaphones, les banderoles, ou encore les pancartes des manifestants sont susceptibles de devenir des armes dès lors que, selon l'utilisation que l'on en fait, ces objets peuvent causer des dommages aux personnes et aux biens. Pour éviter, une telle interprétation restrictive du droit fondamental de manifester, une approche *stricto sensu* de la notion d'arme a semblé nécessaire.

C'est en ce sens que la Cour de cassation ne retient l'infraction intentionnelle que dans les cas où le participant à une manifestation porte une arme dite « par nature ». Le Conseil constitutionnel, quant à lui, a confirmé la nécessité de délimiter la notion d'arme en contexte de manifestation dans sa décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, en considérant que :

« Si le législateur pouvait interdire le port ou le transport sans motif légitime d'objets pouvant constituer une arme au sens de l'article 132-75 du Code pénal, l'extension de cette interdiction à tous les objets pouvant être utilisés comme projectile, lesquels sont susceptibles d'être saisis, et de nature par sa formulation générale et imprécise à entraîner des atteintes excessives à la liberté individuelle ; que dès lors les mots : "...être utilisés comme projectile ou..." doivent être regardés comme contraires à la Constitution »¹¹¹⁷.

¹¹¹⁵ Marcel René Tercinet, « La liberté de manifestation en France » (1979) RDP 1045.

¹¹¹⁶ Tomas Vidal Martin, “El derecho de reunion y de manifestación” (1997) 1 Parlamento y Constitución, 267-288.

¹¹¹⁷ Cons. const., n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programme relative à la sécurité*, au considérant 18.

Pour autant, malgré la consécration jurisprudentielle d'une interprétation restrictive de la notion d'arme en contexte de manifestation, il semble que ni les autorités administratives ni les autorités judiciaires ne se sentent liées par celle-ci. C'est ainsi que le ministère de la Justice a envoyé une circulaire¹¹¹⁸ à tous les procureurs les encourageant à considérer « la détention d'objets par nature licites » comme une raison plausible justifiant une mesure de garde à vue » s'il existe « des indices d'un déplacement pour une manifestation ». Ce document se fonde sur l'article 222-14-2 du *Code pénal* qui sanctionne :

« le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou de dégradations de biens ».

De nombreux « gilets jaunes » ont ainsi été placés en garde à vue en raison de la possession de lunettes de protection, de masques à gaz ou encore de flacons de sérum physiologique ; lesquels ont été qualifiés dans les procès-verbaux « d'armes par destination » alors que ces objets avaient été utilisés pour se protéger des gaz lacrymogènes aspergés par les forces de l'ordre pendant les manifestations¹¹¹⁹. Or, si une arme par destination peut désigner tout objet utilisé pour menacer de tuer ou de blesser, ou est destiné, par celui qui en est porteur, à menacer de tuer ou de blesser, on voit mal comment des lunettes de protection, des masques à gaz ou encore des flacons de sérum physiologique sauraient être vus comme des objets menaçants.

Toutefois, une telle interprétation extensive de l'« arme par destination » ne peut trouver de fondement ni en droit espagnol ni à l'article 135-75 du *Code pénal* français. En effet, pour être qualifié d'arme, il ne suffit pas qu'un objet puisse être dangereux ; il est nécessaire que son utilisation le rende concrètement dangereux. Dès

¹¹¹⁸ Circulaire du 22 novembre 2018 relative au traitement judiciaire des infractions commises en lien avec le mouvement de contestation dit « des gilets jaunes », BOMJ n° 2018-11 du 30 novembre 2018.

¹¹¹⁹ Pendant les manifestations du mouvement des « gilets jaunes » en France en 2019, il était courant que la police, sur ordre du procureur de la République procède à des fouilles et à des confiscations de matériels aux abords des manifestations. Voir sur ce sujet : Jérôme Hourdeaux, « Droit de manifester : ce qu'il faut savoir avant la journée du 5 décembre », Médiapart, 4 décembre 2019 [en ligne : <https://www.mediapart.fr/journal/france/041219/droit-de-manifester-ce-qu-il-faut-savoir-avant-la-journee-du-5-decembre>].

lors, même s'il est possible de démontrer qu'un casque de protection peut être dangereux et causer des dommages à des personnes ou des biens, pour le qualifier d'« arme par destination », il doit effectivement être utilisé comme une arme ou que l'on établisse une volonté de commettre une infraction.

En droit français, une telle interprétation de la notion d'arme est d'autant plus problématique qu'il existe un « délit de participation à un groupement formé en vue de commettre des violences ou des dégradations ». Ce délit vise à punir une personne non pas au regard des faits commis mais à partir de son intention de commettre des violences sur les personnes ou les biens. Dès lors, si l'on interprète la notion d'arme de manière si extensive que l'on puisse y inclure le matériel nécessaire de protection des manifestants, alors ces derniers pourront être accusés de participer à un groupement formé en vue de commettre des violences en considération de la possession de ces objets susceptibles d'être qualifiés d'armes par destination.

B. L'infraction de participation à une manifestation le visage couvert

1. Le délit de dissimulation du visage dans l'espace public en droit français

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, il est interdit de dissimuler son visage dans l'espace public en France. Précisément, son article 1^{er} dispose que « nul ne peut dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage ». Même si, à l'origine de cette loi, on retrouve la volonté d'interdire le port du voile intégral en France¹¹²⁰, afin d'éviter tout grief de discrimination ou de stigmatisation des femmes de la communauté musulmane¹¹²¹, l'interdiction édictée est générale et absolue. Elle s'applique donc à tous, indépendamment du sexe de la personne et du motif religieux ou non.

¹¹²⁰ Frédéric Dieu, « Le droit de dévisager et l'obligation de dévisager : vers une moralisation de l'espace public ? » (2010) 48 JCP A pp.35-42.

¹¹²¹ Aurore Gaillet, « La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel » (2012) 2 Société droit et religion p. 48.

Or, tant le Conseil constitutionnel que la Cour de cassation ont reconnu le caractère « nécessaire » de la loi. Le Conseil constitutionnel s'est, en effet, prononcé en faveur de la conformité de celle-ci à la *Constitution*.

Précisément, pour justifier l'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public, le juge constitutionnel français, dans sa décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, s'est fondé sur l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'ordre public¹¹²². Bien qu'il ait été fait référence à l'ordre public moral pour justifier une telle interdiction¹¹²³, dès lors que la dissimulation de son visage entrave l'identification, son interdiction peut cependant répondre à un impératif d'ordre public classiquement défini comme matériel et extérieur¹¹²⁴. En vertu de cette décision du Conseil constitutionnel, l'espace public serait « un espace social imposant l'obligation minimale de pouvoir être dévisagé et s'imposant de la sorte au libre arbitre des individus »¹¹²⁵, excluant ainsi tout droit d'« occulter » son visage lorsque l'on se trouve sur la place « publique »¹¹²⁶.

La Cour de cassation s'est quant à elle prononcée en faveur de la conformité conventionnelle de la loi dans un arrêt de sa chambre criminelle du 5 mars 2013¹¹²⁷. En effet, elle a rejeté un moyen tiré de « la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement en public ou en privé » consacrée par l'article 9 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* au motif que la loi du 11 octobre 2010 visait à « protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public de montrer son visage ». Aux yeux de la Cour de cassation, cette restriction est donc une mesure nécessaire dans une société démocratique.

¹¹²² Cons. const., n° 2010-613 DC, précit., au considérant 4.

¹¹²³ Voir : Aurore Gaillet, « La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel », op. cit., aux p. 64 et s.

¹¹²⁴ Robert Hanicotte, « La dissimulation du visage au regard de l'ordre public » (2010) AJDA 417.

¹¹²⁵ Frédéric Dieu, « Le droit de dévisager et l'obligation de dévisager : vers une moralisation de l'espace public ? », op. cit., à la p. 2355.

¹¹²⁶ Aurore Gaillet, « La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel », op. cit., à la p. 67.

¹¹²⁷ Cass. crim., 5 mars 2013, n° 12-87.087, publié au Bulletin.

La Cour européenne des droits de l'Homme a aussi eu l'occasion de se pencher sur la conventionnalité d'une telle interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public dans l'arrêt *S.A.S. c. France* du 1^{er} juillet 2014¹¹²⁸. Après avoir déclaré irrecevables les griefs relatifs à l'article 11¹¹²⁹, la Cour a examiné ceux fondés sur les articles 8, 9 et 10 de la *Convention européenne* pour conclure à la conformité conventionnelle de la loi en question. Les juges européens ont, tout d'abord, reconnu qu'une telle interdiction de porter un vêtement qui dissimulerait le visage constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, la liberté de penser et de conscience impliquant le droit de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement en public ou en privé et, plus généralement, dans la liberté d'expression. En effet, « les choix relatifs à l'apparence relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée »¹¹³⁰. Or, la requérante se plaignait de ne pas pouvoir porter dans l'espace public une tenue que la pratique de sa religion lui dictait, selon elle, de revêtir. Ce faisant, elle a placé la question sur le terrain de la liberté de manifester sa religion ou ses convictions. Finalement, bien que la Cour ait constaté une ingérence dans les droits et libertés, elle a considéré que la loi poursuivait les buts légitimes prévus par la *Convention européenne* ; à savoir la « sécurité » ou la « sûreté publique » ainsi que la « protection des droits et libertés d'autrui ». Pour les juges européens, la sécurité publique implique la nécessité d'identifier les individus, notamment pour prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et lutter contre la fraude identitaire¹¹³¹. Pour ce qui est de la « protection des droits et libertés d'autrui », la Cour a admis l'importance, dans une société démocratique, de voir le visage des personnes dans l'espace public en tant que condition pour préserver le « vivre ensemble »¹¹³² en

¹¹²⁸ *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014, CEDH, 42835/11,

¹¹²⁹ *Ibid.*, au para. 73.

¹¹³⁰ *Ibid.*, au para. 107.

¹¹³¹ Céline Ruet, « L'interdiction du voile intégral dans l'espace public devant la Cour européenne : la voie étroite d'un équilibre », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 12 août 2014, consulté le 29 mars 2020. : <http://journals.openedition.org/revdh/862> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.862>].

¹¹³² *S.A.S. c. France*, précit., au para. 157.

considérant effectivement que le port d'un vêtement qui dissimule le visage n'est pas réductible à un rapport de soi à soi mais engage la relation avec autrui¹¹³³.

Il semble néanmoins que pour justifier la conformité conventionnelle de l'interdiction de dissimulation du visage, la Cour européenne ait renoncé à appliquer un véritable contrôle de nécessité au profit d'une justification prenant en compte la large marge d'appréciation de l'État français pour prendre des restrictions aux droits reconnus par la *Convention européenne* dans le but de préserver les conditions du « vivre ensemble » en tant qu'élément de la « protection des droits et libertés d'autrui ».

Ainsi, sous couvert d'identifier les personnes dans l'espace public en vertu du but légitime de préserver l'ordre et la sécurité publics, le législateur français condamne le droit d'anonymat dans l'espace public.

C'est dans le même sens que l'article R. 645-14 du *Code pénal français*, issu du décret du 19 juin 2009, punit :

« Le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public.
Toutefois, les impositions du présent article ne sont pas applicables aux manifestations conformes aux usages locaux ou lorsque la manifestation est justifiée par un motif légitime ».

Par ailleurs, avec l'adoption de la loi du 10 avril 2019, la contravention de dissimulation du visage en contexte de manifestation est devenue un délit. L'article 6 de la loi du 16 avril 2019 a, en effet, introduit l'article 431-9 dans le *Code pénal* qui prévoit :

« Un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats, d'une manifestation sur la voie publique, au cours ou à l'issue de laquelle des troubles à l'ordre public sont commis ou risquent d'être commis, de dissimuler volontairement tout ou partie de son visage sans motif légitime ».

Un tel encadrement de la liberté de manifestation exclut toute possibilité d'un droit de manifester anonymement, qui n'est pourtant pas dénué d'intérêt sachant que manifester son opinion implique des revendications pour lesquelles certains

¹¹³³ Céline Ruet, « L'interdiction du voile intégral dans l'espace public devant la Cour européenne : la voie étroite d'un équilibre », op. cit.

participants peuvent désirer demeurer anonymes. C'est le cas, par exemple, des manifestations en faveur des droits des personnes homosexuelles, ou encore contre l'avortement ou le mariage homosexuel. Dès lors, on peut légitimement soulever la question de savoir si le droit à l'anonymat dans une manifestation ne serait pas un prolongement de la liberté de penser et du droit à la vie privée. Par ailleurs, si l'interdiction de dissimuler son visage porte atteinte à la liberté de manifester une opinion religieuse, comme c'est le cas de l'interdiction en France du port du voile intégral, elle peut tout autant porter atteinte à la liberté de manifester une conviction ou un message de certains collectifs comme celui des « Anonymous » qui sont connus par le fait de porter un masque lors de manifestations pacifiques¹¹³⁴. L'interdiction de dissimuler son visage est donc susceptible de priver certains participants de leur liberté de manifestation indépendamment de leur comportement pacifique.

2. La conformité douteuse du délit de dissimulation du visage en contexte de manifestation

À l'origine du décret du 19 juin 2009 posant l'interdiction de dissimuler son visage « au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique », on retrouve la volonté du Gouvernement de répondre aux débordements qui ont eu lieu en marge du sommet de l'OTAN à Strasbourg en avril 2009¹¹³⁵. Le Conseil d'État, saisi par différents syndicats, a pu se prononcer sur la légalité de ce décret codifié à l'article R. 645-14 du *Code pénal*. Dans un arrêt du 23 février 2011¹¹³⁶, il a ainsi considéré qu'en décidant de cette mesure dont l'objectif est de « traiter les comportements violents en marge des manifestations (...), le pouvoir réglementaire n'a pas excédé ses compétences ». En effet, l'objet de ce décret n'était pas de « réglementer la liberté de manifestation, ni d'interdire de manifester en dissimulant son visage, ni d'y porter atteinte, dès lors que ses dispositions ne peuvent régir le comportement des

¹¹³⁴ Voir : « Cinq Anonymous verbalisés pour avoir porté un masque », Les Inrocks, 23 août 2012.

¹¹³⁵ Voir : « Le décret "anti-cagoule" officiellement publié », Le Monde, 20 juin 2009.

¹¹³⁶ CE, 23 février 2011, *Syndicat national des enseignants de second degré et autres*, n° 329477.

manifestants participants dans le respect de l'ordre public à une manifestation ». Dans cet arrêt, l'infraction de dissimulation du visage a été interprétée de manière restreinte. En effet, le Conseil d'État n'a admis la conformité de l'infraction au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines uniquement parce que ce texte exclut explicitement de son champ d'application « toute contravention de manifestants masquées dès lors qu'ils ne procèdent pas à la dissimulation de leur visage pour éviter leur identification par les forces de l'ordre dans un contexte où leur comportement constituerait une menace pour l'ordre public que leur identification viserait à prévenir ». Ainsi, la dissimulation du visage en contexte de manifestation ne prend une tournure illicite et punissable que dans la mesure où il est possible de déterminer une intention d'échapper à une identification. En effet, pour le Conseil d'État, le seul fait pour un manifestant de se cacher le visage, même volontairement, ne saurait donner lieu à des poursuites dès lors que l'intention criminelle réside non pas dans le fait de dissimuler son visage mais bien dans la volonté d'échapper à une identification¹¹³⁷.

Toutefois, le législateur français n'a pas semblé particulièrement lié par cette interprétation restrictive dès lors qu'il a adopté un nouveau délit de dissimulation du visage en contexte de manifestation encore plus élargi. En effet, avec le vote de la loi du 10 avril 2019, ce délit de dissimulation du visage dans un contexte de manifestation est passé non seulement d'une contravention à un délit, mais a aussi élargi son champ d'application comme l'indique l'article 6 de la loi du 16 avril 2019 précité. Dès lors, d'une part, en vertu du nouvel article 431-9 du *Code pénal*, une dissimulation partielle peut désormais être sanctionnée par une amende et/ou d'une peine de prison et, d'autre part, ce délit peut être constaté lorsque les forces de l'ordre considèrent qu'un trouble à l'ordre public est susceptible de résulter de la tenue d'une manifestation, sans nécessairement que la personne dissimulant volontairement son visage soit elle-même soupçonnée d'être partie prenante à ce trouble. Autrement dit, il n'est plus exigé que la

¹¹³⁷ Robert Hanicotte, « La dissimulation du visage au regard de l'ordre public », op. cit. à la p. 417.

dissimulation ait pour objectif de commettre des troubles à l'ordre public sans être identifié.

Néanmoins, dans sa décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, le Conseil constitutionnel, à l'instar du Conseil d'État dans son arrêt de 2011 précité, a encadré ce nouveau délit de dissimulation du visage en contexte de manifestation. En premier lieu, il a restreint la volonté du législateur en précisant que la dissimulation partielle du visage doit être motivée par la volonté de la personne d'empêcher son identification¹¹³⁸. Ensuite, il a été précisé que le délit ne peut être constitué que dans la période temporelle comprise entre le rassemblement des participants à la manifestation et leur dispersion complète¹¹³⁹. Pour finir, selon le juge constitutionnel, seuls les risques manifestes de commission de troubles à l'ordre public peuvent caractériser le délit¹¹⁴⁰.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a déclaré la conformité de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public de 2010 en se plaçant sur le terrain du contrôle de proportionnalité¹¹⁴¹ mais en se contentant de constater que la loi déferée ne portait pas d'atteinte manifeste aux libertés fondamentales¹¹⁴². Ainsi, on ne peut que déplorer l'application renouvelée d'un contrôle de proportionnalité minimum concernant la constitutionnalité d'un délit qui concerne la libre participation à une manifestation. Précisément, pour le Conseil constitutionnel, le délit de dissimulation du visage en contexte de manifestation introduit à l'article 431-9-1 du *Code pénal* :

« Ne méconnaît pas non plus le droit d'expression collective des idées et des opinions ou le principe de proportionnalité des peines ni aucune autre exigence constitutionnelle, est conforme à la Constitution »¹¹⁴³.

¹¹³⁸ Cons. const., n° 2019-780 DC, 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, au considérant 29.

¹¹³⁹ *Ibid.*, au considérant 30.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

¹¹⁴¹ Cons. const., n° 2010-613 DC, précit., au considérant 5 :

« Le législateur a adopté des dispositions qui assurent la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée ».

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ Cons. const., n° 2019-780 DC, précit., au considérant 33.

Pourtant, on peut raisonnablement douter de la nécessité et de la proportionnalité de ce nouveau délit. Tout d'abord, si le Conseil constitutionnel avait vérifié l'existence d'un rapport raisonnable entre la gravité des effets d'une ingérence dans la liberté de manifestation et l'objectif poursuivi, il est légitime de croire que le délit de dissimulation du visage, tel que rédigé à l'article 431-9-1 du *Code pénal*, n'aurait pas survécu. En effet, la sanction d'une dissimulation, y compris partielle, du visage parce que celle-ci est considérée comme étant en elle-même un trouble à l'ordre public sans pour autant que la personne concernée n'ait commis le moindre trouble emporte des effets disproportionnés sur la liberté de manifestation. Ainsi, un manifestant pourrait se voir empêcher de manifester du seul fait de porter des lunettes de soleil, une casquette ou une écharpe qui couvrirait partiellement son visage. Alors que le nouveau délit de dissimulation du visage porte en lui un important potentiel liberticide, le Conseil constitutionnel ne procède pas au contrôle de la nécessité d'une telle interdiction de dissimulation du visage à l'aune de la gravité de l'atteinte à la liberté de manifestation que suppose un véritable contrôle de proportionnalité.

Au Canada, dans l'affaire *Villeneuve c. Montréal*, la Cour supérieure du Québec s'est prononcée sur le cas de Julien Villeneuve, professeur de philosophie, qui avait pour l'habitude de revêtir un costume de panda et ainsi être rebaptisé « Anarchopanda » à l'occasion de manifestations étudiantes au Québec contre la hausse des frais d'inscription de scolarité. Le 5 avril 2013, la police municipale de Montréal a confisqué la tête de son costume de Panda en vertu de l'article 3.2 du *Règlement P-6* qui interdit :

« à quiconque participe ou est présent à une assemblée, un défilé ou un attroupement sur le domaine public d'avoir le visage couvert sans motif raisonnable, notamment par un foulard, une cagoule ou un masque »¹¹⁴⁴.

Comme le délit de dissimulation du visage en contexte de manifestation en droit français, l'infraction de port de masque prévue par ce règlement de la Ville de Montréal a pour objectif de prévenir les troubles à l'ordre public, notamment en permettant « que

¹¹⁴⁴ *Règlement P.6*, article 3.2 :

« Il est interdit à quiconque participe ou est présent à une assemblée, un défilé ou un attroupement sur le domaine public d'avoir le visage couvert sans motif raisonnable, notamment par un foulard, une cagoule ou un masque ».

les participants puissent être identifiés de façon à dissuader les personnes qui pourraient être tentées de commettre des gestes de vandalisme et de violence sous le couvert de l'anonymat »¹¹⁴⁵. Comme le nouvel article 431-9-1 du *Code pénal* français, l'article 3.2 du règlement municipal montréalais ne requiert pas nécessairement d'intention criminelle. Autrement dit, le simple fait de porter un masque suffit pour commettre l'infraction. Néanmoins, à l'inverse du Conseil constitutionnel français, qui a préféré formuler des réserves d'interprétation plutôt que de déclarer l'inconstitutionnalité du nouveau délit de dissimulation du visage, la Cour d'appel du Québec a toutefois estimé que pareille interdiction de masquer son visage excède ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de prévention de l'ordre public¹¹⁴⁶. Si la Cour d'appel n'a pas eu besoin d'opiner sur cette question, Cour supérieure avait tout de même jugé que les effets bénéfiques de la disposition en termes de sauvegarde de la paix publique à travers la prévention de gestes de violences commis sous le couvert de l'anonymat ne l'emportaient pas sur les effets préjudiciables à l'égard de la liberté de manifestation pacifique¹¹⁴⁷.

Par ailleurs, la Cour supérieure du Québec avait aussi invalidé l'article en question au motif notamment du large pouvoir qu'il octroie aux policiers concernant l'interprétation des « motifs raisonnables » d'être masqué lors d'une manifestation auxquels fait référence l'article 3.2 du règlement. Ainsi, cet arrêt contraste sérieusement avec la décision précitée du Conseil constitutionnel français qui a conditionné la constitutionnalité du délit de dissimulation du visage à des réserves d'interprétation renvoyant ce faisant la garantie de la liberté de manifestation au discernement des forces de l'ordre.

Malgré la reconnaissance de la garantie d'un contrôle de constitutionnalité tripartite identique à celui appliqué par les juges canadiens, le résultat s'agissant de la

¹¹⁴⁵ *Villeneuve c. Montréal* 2018 QCCA 321, 2 mars 2018, au para. 76 (citant avec approbation la décision de première instance, *Villeneuve c. Ville de Montréal*, 2016 QCCS 2888 [*Villeneuve*, QCCS] au para. 430).

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, au para. 97-100.

¹¹⁴⁷ *Villeneuve*, QCCS, précit. au para. 505.

constitutionalité d'une limitation à la liberté de participer à une manifestation n'est pas toujours le même d'un juge à l'autre. C'est le cas pour les interdictions de dissimulation de visage au cours d'une manifestation. En France, à la suite d'un décret adopté en 2009, le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public est puni d'une amende. Il est fait exception à cette interdiction pour les manifestations conformes aux usages locaux ou lorsque la dissimulation du visage est justifiée par un motif légitime. Cette infraction requiert une preuve de l'intention de dissimuler son identité et a été interprétée très restrictivement.

Le Conseil constitutionnel n'a pas, comme la Cour d'appel du Québec en 2018, censuré la loi interdisant la dissimulation du visage au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique. En effet, outre de soulever la question du droit à participer anonymement à une manifestation pour des raisons liés à l'emploi, par exemple, le requérant a aussi soulevé le moyen selon lequel l'interdiction de manifester son visage empêcherait les manifestants de se protéger de substances irritantes que les forces de l'ordre utilisent pour assurer le maintien de l'ordre au sein des manifestations¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁸ Ibid., au para. 324.

Conclusion Titre 3

En tant que prolongement de la liberté d'expression et de réunion pacifique des citoyens, la libre participation à une manifestation en vue d'exprimer son opinion collectivement dans l'espace public trouve toute sa place dans le modèle de société démocratique. Néanmoins, une telle participation apparaît strictement encadrée par les larges compétences détenues par les autorités administratives au nom de la sauvegarde de l'ordre public. En effet, la finalité de sauvegarde de l'ordre public fonde aussi bien les compétences législatives en matière pénale qu'un pouvoir réglementaire préventif. On observe, par ailleurs, un accroissement des infractions de troubles à l'ordre public restreignant l'exercice de la manifestation.

Bien que le droit à la liberté de participer à une manifestation soit reconnu tant par le droit international que par les droits nationaux - français, espagnol et canadien-, l'existence d'infractions de trouble à l'ordre public tel que les délits d'attroupement, sont de véritables épées de Damoclès pesant au-dessus de la tête de chaque manifestant qui, à tout moment, peut voir sa responsabilité pénale engagée sans même qu'il soit conscient de commettre une infraction. En effet, la frontière est si ténue entre manifestation protégée et attroupement délictueux que la participation à une manifestation peut passer, en un « coup de sifflet », de l'exercice d'une liberté fondamentale à un délit pénalement sanctionné. Dès lors, s'il est permis de croire qu'il existe un droit de manifester bénéficiant des garanties supra-législatives de la liberté de réunion pacifique, des doutes surviennent quant à la conformité des infractions d'attroupement qui sanctionnent les rassemblements susceptibles de troubler l'ordre public. Or, si la présomption de trouble à l'ordre public peut justifier l'exclusion du caractère pacifique d'un rassemblement, toutes les manifestations, qui portent en elles un plus ou moins grand risque de troubler l'ordre public, sont susceptibles de perdre leur caractère pacifique et tomber dans la catégorie des infractions de troubles à l'ordre public.

Ainsi, l'introduction d'infractions de trouble à l'ordre public reviendrait, ni plus ni moins, à faire de la participation à une manifestation un comportement sanctionnable. Il en va de même des incriminations de certains comportements présumés troubler l'ordre public, en contexte de manifestation, alors même que ceux-ci demeurent pacifiques et peuvent être rattachés au caractère expressif de la participation à une manifestation.

Un tel degré d'ingérence dans la participation à une manifestation montre le peu de poids que les garanties des libertés d'expression et de réunion pacifique peuvent avoir face à la présomption de troubles à l'ordre public inhérente aux manifestations.

TITRE 4

LES LIMITES À LA LIBRE CIRCULATION DES PARTICIPANTS A UNE MANIFESTATION

L'objet de la manifestation ne réside pas seulement dans l'expression collective d'une opinion mais également dans l'occupation de l'espace public pour ce faire. L'espace public est un lieu où diverses formes d'expression, comme la manifestation, sont admises depuis longtemps. Dans l'exercice de la liberté de manifestation, l'occupation de l'espace public vise à troubler le déroulement normal de la vie quotidienne afin d'attirer l'attention de l'opinion et des pouvoirs publics. Ainsi, si l'espace public - notamment les voies publiques - permet normalement aux citoyens de circuler librement, la tenue d'une manifestation, à travers la perturbation de l'usage habituel des voies publiques qu'elle engendre, restreint cette libre circulation avec l'intention de transmettre un message. Si l'on peut ainsi affirmer que la liberté de manifestation des uns (les manifestants) entretient une relation conflictuelle avec la liberté de circulation des autres (les non-manifestants), ce lien entre ces deux libertés est aussi ambigu à l'endroit des manifestants. En effet, pour les manifestants, la liberté de rejoindre une manifestation est intimement liée à la liberté de circulation, de sorte que les limites apportées à la liberté de circuler sont susceptibles de porter indirectement atteinte à l'exercice de la liberté de manifestation. Dès lors, la protection supra-législative de la participation à une manifestation doit inclure une protection de la liberté de circulation le temps de la manifestation. Autrement dit, tant les interdictions de manifester dans certains lieux que les restrictions d'accès aux lieux où se tiennent les manifestations doivent faire l'objet d'un contrôle de conformité à l'aune des garanties supra-législatives s'appliquant à la manifestation (Chapitre 7).

La libre participation à une manifestation suppose autant la liberté de la rejoindre que de la quitter. Or, certains manifestants se retrouvent privés de leur droit négatif de manifester, autrement dit de leur droit de ne plus participer à une manifestation, qui paraît pourtant essentiel lorsque la manifestation se mue en attroupement délictuel. Sans un droit négatif de manifester, les manifestants courent, en effet, le risque de se rendre coupables d'attroupement délictuel du seul fait d'avoir voulu participer à une manifestation.

Il appert ainsi que l'exercice de la manifestation est amplement soumis à des mesures de privation de libertés pouvant priver les manifestants du droit de quitter une manifestation. Ces mesures correspondent aussi bien aux nombreuses infractions visant plus ou moins directement à restreindre l'exercice de la liberté de manifestation qu'à des techniques de maintien de l'ordre en contexte de manifestation. Ces mesures de privation de libertés sont certes assorties de garanties mais celles-ci se révèlent néanmoins illusoire dès lors que l'organe de contrôle apparaît davantage « complice » des organes à l'origine des privations de libertés décidées à l'endroit des manifestants que garant de la liberté de manifestation, notamment en période de forte contestation sociale (Chapitre 8).

CHAPITRE 7

LES LIMITES À LA LIBRE CIRCULATION DURANT LA MANIFESTATION

Pour le professeur Burdeau, la liberté de mouvement ou la liberté d'aller et venir est le signe extérieur des régimes libéraux. En effet, celle-ci fait partie des attributs élémentaires qui font de l'Homme un être libre et « sans chaîne »¹¹⁴⁹. Ainsi, quelles que soient les appellations retenues par les systèmes juridiques nationaux, la liberté d'aller et venir occupe une même place de choix au sein des ordonnancements juridiques français, canadien et espagnol.

Le siège de la liberté d'aller et venir est incontestablement l'espace public, en particulier la voie publique. Or, la liberté de manifestation implique également l'utilisation de l'espace public, en particulier aussi de la voie publique. De cette façon, la liberté de manifestation des uns est susceptible de faire obstacle à la liberté de circulation des autres. Malgré cette relation *a priori* antagoniste entre liberté de manifestation et liberté de circulation, il subsiste un lien de complémentarité entre les deux : une liberté de circulation effective apparaît être une condition essentielle de l'exercice de la liberté de manifestation. En effet, une manifestation implique la circulation de manifestants tant pour rejoindre ou quitter celle-ci que pour y participer, c'est-à-dire prendre part à l'expression d'une opinion collective en mouvement le long d'un itinéraire commun (Sous-chapitre 1).

Les limites apportées à la liberté de circulation peuvent donc avoir pour effet de limiter indirectement la liberté de manifestation. C'est pourquoi, de telles

¹¹⁴⁹ Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 6^e ed., Paris, Dalloz, coll. « Précis de droit public science politique », 2012, à la p. 234.

restrictions doivent être soumises non seulement aux garanties propres à la liberté de circuler mais également à celles découlant de la liberté de manifester. Il s'agit, ce faisant, de faire en sorte que les limitations de la liberté de circulation ne soient pas trop excessives au point d'empêcher les manifestants de rejoindre une manifestation, d'y participer ou de la quitter. Autrement dit, sans une prise en compte des garanties de la liberté de circulation en général, la protection de la liberté de manifestation court le risque d'être amputée de la liberté de circulation particulière des manifestants qui constitue un élément fondamental de cette dernière. (Sous-chapitre 2)

Sous-chapitre 1. La relation ambivalente entre le principe de libre circulation et le principe de liberté de manifestation

La reconnaissance d'un droit de manifester implique celle d'un droit d'utiliser l'espace public à des fins d'expression. Or, selon Jacques Robert, « face à la liberté essentielle de circulation, les autres activités s'exerçant doivent s'incliner et en particulier la manifestation qui peut menacer l'ordre public et la sécurité de la circulation »¹¹⁵⁰. Bien que l'affectation première de la voie publique soit la libre circulation¹¹⁵¹, dans une société démocratique, les rues sont également des espaces de libre expression citoyenne permettant notamment aux citoyens bénéficiant de peu de recours de se faire entendre par les gouvernements en place.

La liberté de manifestation et la liberté de circulation comptent parmi les droits et libertés constitutifs du modèle de société démocratique ; un modèle dont il découle l'impossibilité de hiérarchiser les droits et libertés fondamentales en ce qu'aucune liberté n'est censée être plus importante qu'une autre. En conséquence, il est impossible d'interdire tout exercice de la liberté de manifestation pour préserver la liberté de circulation. Un principe de conciliation doit alors guider les autorités compétentes à l'heure d'encadrer l'usage de l'espace public pendant le temps de la manifestation (Section 1).

¹¹⁵⁰ Jacques Robert, *Droit de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris Montchrestien, 1988, à la p. 845.

¹¹⁵¹ Ibid.

Du point de vue d'un non-manifestant, la relation entre le droit d'utiliser l'espace public à des fins d'expression et le droit d'utiliser l'espace public à des fins de circulation apparaît antagoniste, de sorte que la liberté de manifestation des uns se heurtent à la liberté de circulation des autres. Toutefois, du point de vue d'un manifestant, la liberté de manifestation implique une liberté de circulation. En effet, le droit à la libre circulation apparaît, à plusieurs égards, incontournable de l'exercice de la liberté de manifester. Dès lors, une restriction de la liberté de circulation pendant le temps d'une manifestation porte indirectement atteinte au droit de manifester et, particulièrement, au droit de choisir ou non de participer à une manifestation (Section 2).

Section 1. La relation antagoniste entre le principe de libre circulation et le principe de liberté de manifestation

La liberté de manifestation a la particularité de s'exercer sur la voie publique qui est aussi le lieu d'exercice d'une autre liberté fondamentale : celle d'aller et venir. Or, sachant que « toutes les libertés s'arrêtent là où commencent celles des autres », on comprend que la liberté de circulation puisse constituer une limite à l'exercice de la liberté de manifestation.

Par ailleurs, outre la liberté de circulation des personnes, s'il n'existe pas de liberté fondamentale de circulation des marchandises, celle-ci doit cependant être conciliée avec l'exercice de la liberté de manifestation ; par exemple, lorsque l'accès à des voies de circulation est rendu impossible en raison d'une manifestation et empêche la livraison de produits. Dans le cadre du droit de l'Union européenne, que les droits français et espagnol doivent respecter, la question de la conciliation entre principe de libre circulation et principe de liberté de manifestation se pose sous un angle tout à fait singulier dès lors que la liberté de circulation des personnes et des marchandises occupe une place centrale dans le projet européen (A).

La manifestation est « une activité expressive intrinsèquement perturbatrice »¹¹⁵². L'aspect perturbateur de la manifestation constitue sa nature et sa raison d'être¹¹⁵³. L'occupation de l'espace public est l'un des éléments perturbateurs majeurs de la manifestation. C'est parce que l'occupation de l'espace public est dans ce cas temporaire que la liberté de manifestation peut être conciliée avec la liberté de circulation des non-manifestants et des marchandises. En revanche, une manifestation à durée indéterminée apparaît inconciliable avec la liberté de circulation. Bien que la procédure de déclaration préalable facilite la conciliation de l'exercice de la liberté de manifestation avec celui de la liberté de circulation, il n'a pas échappé aux juges québécois qu'un tel régime préventif s'apparentait à une « forme de surveillance étatique »¹¹⁵⁴ difficilement conciliable avec le modèle de société démocratique (B).

A. La liberté de circulation comme fondement de la limitation à la liberté de manifestation

1. La liberté de circulation des non-manifestants comme fondement de la limitation de la liberté de manifestation

Au sein des systèmes constitutionnels français et espagnol, le respect de la liberté de circulation des non-manifestants en tant que limite aux droits de réunion et de manifestation trouve un fondement au sein de la *Convention européenne* dans la mesure où l'article 11-2 de cette dernière prévoit que l'exercice du droit de réunion et d'association pourra faire l'objet de mesures restrictives, « nécessaires dans une société démocratique, (...) à la protection de droits et libertés d'autrui » dont la liberté de circulation des individus consacrée par les systèmes normatifs français et espagnol.

En droit espagnol, la liberté de manifestation sur la voie publique constitue, au

¹¹⁵² *Bérubé c. Québec (Ville de)* [2019] QCCA 1764, au para. 163. Voir également : Francis Villeneuve Ménard, « L'infraction d'attroupement illégal dans la régulation de la manifestation : embarras pour la théorie pénale » (2017) 47 RGD 149 ; Gabriel Babineau, « La manifestation : une forme d'expression collective » (2012) 53 C. de D 761, 768 et s. ; Patrick Forget, *Sur la manifestation. Le droit et l'action collective*, Montréal, Liber, 2005, aux p. 10 et s.

¹¹⁵³ Gabriel Babineau, « La manifestation : une forme d'expression collective », *ibid.*, à la p. 770.

¹¹⁵⁴ *Bérubé c. Québec (Ville de)*, précit., au para. 73.

même titre que la liberté de circulation, un droit constitutionnellement reconnu à l'article 19 de la *Constitution* qui dispose effectivement que « les Espagnols ont le droit (...) de circuler sur le territoire national »¹¹⁵⁵. Le constituant espagnol de 1978, s'inspirant directement du modèle allemand, a repris la même architecture que l'article 8 de la *Loi fondamentale* de Bonn¹¹⁵⁶ pour consacrer la liberté de réunion à l'article 21 de la *Constitution*¹¹⁵⁷. Dans ces deux dispositions, il est prévu, au deuxième paragraphe, la possibilité d'exercer cette liberté dans un espace public. Ainsi, l'utilisation de la voie publique pour y tenir une manifestation est constitutionnellement protégée au sein du système constitutionnel espagnol. Toutefois, l'article 19 de la *Constitution* reconnaît aussi un autre droit fondamental qui suppose l'utilisation de la voie publique ; celui de la libre circulation.

En France, pendant longtemps, l'absence de reconnaissance constitutionnelle de la liberté de manifestation ne choquait en rien la doctrine française. Nombreux étaient ceux qui, comme Jean Morange, légitimaient cette absence de reconnaissance du droit de manifester au regard de sa particularité, c'est-à-dire le fait qu'elle se déroule sur la voie publique¹¹⁵⁸. En effet, la *Constitution française* étant dénuée d'un catalogue de droits fondamentaux, ni la liberté de manifestation ni la liberté de circulation n'ont bénéficié de reconnaissance textuelle au sein du système constitutionnel français. Finalement, la valeur constitutionnelle de la liberté de manifestation mais aussi de la

¹¹⁵⁵ Article 19 de la *Constitution espagnole*, version française [en ligne : <http://www.tribunalconstitucional.es/en/constitucion/Pages/ConstitucionFrances.aspx>] :

« Les Espagnols ont le droit (...) de circuler sur le territoire national. (...). Ce droit ne peut être limité pour des motifs politiques ou idéologiques ».

¹¹⁵⁶ Article 8 de la *Loi fondamentale de Bonn* :

« Tous les Allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes, sans déclaration ni autorisation préalable. En ce qui concerne les réunions en plein air, ce droit peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi ».

¹¹⁵⁷ Article 21 de la *Constitution espagnole*, version française [en ligne : <http://www.tribunalconstitucional.es/en/constitucion/Pages/ConstitucionFrances.aspx>] :

« On reconnaît le droit de se réunir pacifiquement et sans arme. L'exercice de cette liberté n'est pas soumis à l'autorisation préalable. Les réunions dans des lieux de circulation publique et les manifestations feront l'objet d'une communication préalable aux autorités, qui pourront l'interdire seulement s'il existe des raisons fondées d'une atteinte à l'ordre public, mettant en danger les personnes ou les biens ».

¹¹⁵⁸ Jean Morange, *Droits de l'Homme et libertés publiques*, Paris, PUF, 2000, à la p. 215 :

« Les manifestations tout comme les attroupements, ont pour particularité de se dérouler sur la voie publique. Or, celle-ci n'est pas principalement destinée à cet usage mais à la circulation. Il n'est donc pas étonnant qu'il n'existe pas de liberté de manifestation ».

liberté de circulation a trouvé un ancrage juridique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Concernant la liberté de circulation, c'est la décision n° 79-107 DC de 1979 qui est venu élever pour la première fois la liberté d'aller et venir au rang de principe constitutionnellement garanti¹¹⁵⁹. Par la suite, retenant une approche extensive de l'article 66 de la *Constitution*, le juge constitutionnel l'a rattachée à la « liberté individuelle »¹¹⁶⁰. De cette façon, il a transformé la « liberté individuelle » de l'article 66 en « réceptacle constitutionnel » de nombreuses libertés publiques individuelles comme la liberté d'aller et venir¹¹⁶¹. En effet, en estimant que la liberté individuelle doit être protégée « sous tous ses aspects »¹¹⁶², le Conseil constitutionnel a fait de la liberté individuelle une liberté « attrape-tout ». C'est ainsi que l'on a pu faire bénéficier des garanties de la liberté individuelle de l'article 66 à la liberté d'aller et venir¹¹⁶³. Toutefois, le Conseil constitutionnel a progressivement abandonné cette interprétation *lato sensu* de l'article 66 de la *Constitution* et ainsi coupé court à la protection constitutionnelle qu'il octroyait à la liberté d'aller et venir.

Le juge constitutionnel français a effectivement emprunté un autre chemin pour octroyer une protection constitutionnelle à la liberté d'aller et venir¹¹⁶⁴ depuis sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003¹¹⁶⁵ dans laquelle il considère que la liberté d'aller et venir est garantie par les articles 2 et 4 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen* de 1789. Pourtant, aucun de ces deux articles ne consacre explicitement la liberté d'aller et venir. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a exclu

¹¹⁵⁹ Cons. const., n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *La loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*.

¹¹⁶⁰ Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., à la p. 174.

¹¹⁶¹ *Ibid.*, à la p. 175.

¹¹⁶² Cons. const., n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*.

¹¹⁶³ Voir par exemple : Cons. const., n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, au considérant 56 ; Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* ; Cons. const., n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*.

¹¹⁶⁴ Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., à la p. 180.

¹¹⁶⁵ Cons. const., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, au considérant 8.

cette dernière du champ de protection de la liberté individuelle pour l'inclure dans celui de la liberté personnelle des articles 2 et 4 de la *Déclaration* de 1789. Ainsi, il semble qu'au sein du système constitutionnel français, la liberté d'aller et venir soit condamnée à être une liberté toujours dérivée d'une autre.

À l'instar de la reconnaissance constitutionnelle de la liberté d'aller et venir, c'est une décision du Conseil constitutionnel qui a élevé la liberté de manifestation au rang des libertés constitutionnellement protégées en tant que liberté d'expression collective des idées et des opinions¹¹⁶⁶.

En droit canadien, l'alinéa 6.2 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit un droit « de se déplacer dans le pays et d'établir sa résidence dans toute province ». Néanmoins, il semble que la liberté de circulation consacrée ne concerne que la libre circulation interprovinciale et qu'à ce titre, elle exclut le droit à une libre circulation à l'intérieur d'une province¹¹⁶⁷. C'est ainsi que les juges québécois considèrent qu'il n'existe pas de liberté fondamentale de circulation contrairement à la liberté de manifestation¹¹⁶⁸. De ce fait, au sein du système constitutionnel canadien, le principe de libre-circulation des personnes ne dispose pas, comme en droit français et espagnol, de la même valeur juridique que la liberté de manifestation constitutionnellement garantie.

2. La liberté de circulation des marchandises comme fondement de la limitation de la liberté de manifestation

¹¹⁶⁶ Cons. const., n° 79-107 DC, précit.

¹¹⁶⁷ À ce sujet, voir : *Mia c. Medical services* (1985) 17 D.L.R. (4th) 385 (C.S. C.-B.) ; *Wilson c. British Columbia (Medical services commission)*, (1988) 53 D.L.R. (4th) 171 (C.A. C.-B). Autorisation d'appel refusée.

¹¹⁶⁸ *Léger c. Ville de Montréal* [1986] D.L.Q. 391 (C.A.), à la p. 394 :

« Ce qui est le cas ici est le droit de circuler en voiture sur les routes du Québec. Si le droit de circuler librement au Canada peut être un droit assimilable à un droit fondamental garanti par les Chartes, ce sur quoi je ne me prononce pas, tel n'est pas le cas pour la circulation automobile ».

Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, section locale 301) c. Coll [2009] QCCA 708 :
« (...) le droit de circuler en automobile (...), ne constitue certainement pas un droit assimilable à un droit fondamental garanti par les Chartes ».

Si la libre circulation des personnes est un objectif « urgent et réel » pouvant fonder une limitation de la liberté de manifestation, il en va de même pour la liberté de circulation des marchandises sur les chemins publics au Canada. En effet, la Cour supérieure du Québec a reconnu, dans l'arrêt *Garbeau c. Montréal*, que le fait « d'assurer la libre circulation des personnes et des marchandises sur les chemins publics » peut constituer un objectif justifiant une restriction de la liberté de manifestation¹¹⁶⁹. À cette occasion, la Cour supérieure du Québec a aussi rappelé que les chemins publics constituent un élément important de la vie économique des villes, peu importe leur taille. En effet, ces chemins permettent le transport de biens essentiels aux individus¹¹⁷⁰, particulièrement vers les territoires très isolés comme c'est le cas au Nord du Québec, par exemple dans la région de l'Abitibi où la simple obstruction d'une voie de circulation peut bloquer une population tout entière et notamment la priver d'approvisionnement¹¹⁷¹. En revanche, au même titre qu'il n'existe pas un droit constitutionnel de libre circulation des personnes, il n'y a pas de droit constitutionnellement protégé de libre circulation des marchandises en droit canadien.

Au sein des systèmes constitutionnels français et espagnol, on ne trouve pas non plus de consécration constitutionnelle d'un principe de libre circulation des marchandises. En revanche, il semble que le droit conventionnel admette que le délit d'entrave à la circulation des marchandises constitue l'un des buts énumérés à l'article 11-2 de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, à savoir la protection des droits et libertés d'autrui. C'est en ce sens que dans l'affaire *Barraco c. France*¹¹⁷², la Cour européenne des droits de l'Homme a admis la conventionnalité du délit d'entrave à la circulation prévu par l'article L. 412-1 du *Code de la route* français qui sanctionne :

« Le fait en vue d'entraver ou de gêner la circulation, de placer ou de tenter de placer, sur une voie ouverte à la circulation publique, un objet faisant obstacle au passage des véhicules ou

¹¹⁶⁹ *Garbeau c. Montréal (Ville de)* [2015] QCCS 5246, au para. 200.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, aux paras 210 et 212.

¹¹⁷¹ Voir les interventions des députés André Pelletier (aux p. 6984 et p. 6079), François Ouimet (à la p. 6220), Yvan Bordeleau (à la p. 6075), débats tenus à l'Assemblée nationale, le 23 mai 2000, lors de l'adoption de la *Loi modifiant le Code de la sécurité routière L.Q., 2000, c. 31*.

¹¹⁷² *Barraco c. France*, 5 mars 2009, CEDH, 31684/05, au para. 40.

d'employer, ou de tenter d'employer un moyen quelconque pour y mettre obstacle, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 4500 euros d'amende ».

Par ailleurs, la France et l'Espagne sont membres de l'Union européenne et, à ce titre, leur ordre juridique national respectif est soumis au respect des obligations communautaires découlant des traités européens parmi lesquelles on trouve la garantie de la réalisation d'un marché sans frontières intérieures¹¹⁷³. En vertu du principe de suppression des obstacles à la libre circulation des marchandises au sein du marché intérieur, les États membres ont l'obligation d'éliminer les obstacles au libre échange des marchandises en provenance d'autres États membres. Cette obligation bénéficie d'une interprétation extensive de sorte que l'entrave peut être directe ou indirecte, actuelle ou potentielle. Ainsi, les États membres seront condamnés pour manquement à leurs obligations communautaires non seulement lorsqu'ils prennent des mesures créant des restrictions au commerce entre les États membres mais aussi lorsqu'ils s'abstiennent de prendre les mesures nécessaires pour éviter des obstacles à la libre circulation des marchandises.

C'est ainsi que la France a été condamnée par la Cour de justice, dans la célèbre affaire dite « guerre des fraises »¹¹⁷⁴, pour ne pas avoir interdit une manifestation ayant eu pour effet de bloquer une autoroute reliant la France à l'Espagne. En l'espèce, il était question de manifestations d'agriculteurs français qui, dans les années 1990, avaient empêché la libre circulation des marchandises en transit par la France. Une telle manifestation restreint effectivement la libre circulation des marchandises consacrée par le droit communautaire. Ainsi, la liberté de manifestation exercée sur des itinéraires de transit importants peut constituer un obstacle à la libre circulation des marchandises, de sorte à justifier la condamnation d'un État membre pour manquement à ses obligations communautaires. Pourtant, il semble que, parfois, les juges de l'Union

¹¹⁷³ Article 26 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* :

« L'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités.

2. Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités ».

¹¹⁷⁴ *Commission c. France*, 9 décembre 1997, CJCE, C-265/95.

européenne admettent de reconnaître la protection de la liberté de manifestation constitutionnellement reconnue par les États membres en tant qu'« intérêt légitime » justifiant une restriction à la libre circulation des marchandises. C'est suivant cette logique qu'a été rendu l'arrêt *Schmidtberger* du 12 juin 2003¹¹⁷⁵. En l'espèce, il s'agissait d'une manifestation autorisée, en vertu de la législation autrichienne, d'une association de protection de l'environnement organisée afin de dénoncer les problèmes de pollution existant le long d'un itinéraire de transit entre l'Italie et l'Allemagne et qui avait bloqué tout le trafic routier du 12 au 13 juin 1998, pendant 30 heures. La société de transport allemande *Schmidtberger Internationale Transporte*, estimant avoir subi un dommage au vu de l'immobilisation de ses camions pendant cette manifestation, a formé un recours visant la condamnation de l'Autriche du fait de la non-interdiction du rassemblement et d'un défaut d'intervention des autorités pour empêcher le blocage de la circulation qui, par conséquent, constitue une entrave à la libre circulation des marchandises. La Cour a alors admis que l'invocation du droit fondamental d'expression sur la voie publique pouvait déroger au principe fondamental de libre circulation des marchandises. En effet, elle a considéré qu'en vertu de l'article 6 du *Traité de l'Union européenne* :

« les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie de l'Union en tant que principes généraux ».

Par conséquent, selon la Cour de justice, la protection de la liberté fondamentale de manifestation pacifique, garantie par les constitutions des États membres, peut constituer une limitation au droit de l'Union européenne et donc déroger au principe de libre circulation des marchandises. Pour autant, bien que l'arrêt *Schmidtberger* illustre la possibilité de reconnaître que la liberté de manifestation, en tant que droit fondamental, constitue une justification de la restriction du principe de libre circulation

¹¹⁷⁵ *Eugen Schmidtberger, Internationale Transporte und Planzüge et Republik Österreich*, 12 juin 2003, CJCE, C-112/00.

des marchandises, en aucun cas il ne peut être considéré comme un revirement de jurisprudence de l'arrêt *Commission c. France*, qui reste le principe.

Il est vrai que dans les deux cas, il était question d'une manifestation bloquant des voies de circulation et empêchant la libre circulation de marchandises. En revanche, à la différence de l'Autriche dans l'affaire *Shmidtberger*, la France n'avait pas invoqué la protection de la liberté de manifestation de ses agriculteurs dans l'affaire « guerre des fraises ». Or, pour que la liberté de circulation des marchandises s'incline devant la liberté fondamentale de manifester selon les juges européens, il est nécessaire que le système constitutionnel de l'État membre concerné reconnaisse l'application de garanties constitutionnelles à la liberté de manifestation au niveau national.

Pour conclure, les droits de réunion et de manifestation, reconnus par les systèmes constitutionnels espagnols et français mais aussi par la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, peuvent constituer un « intérêt légitime » de nature à justifier une restriction de la libre circulation des marchandises qui s'impose tant à l'Union européenne qu'à ses États membres. Dans la mesure où « les traditions constitutionnelles communes, font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect »¹¹⁷⁶ et sachant qu'en l'espèce la décision des autorités autrichiennes de ne pas interdire la manifestation ne pouvait pas être moins restrictive aux échanges communautaires¹¹⁷⁷, il semble que le droit de manifester consacré par les droits constitutionnels nationaux ne puisse être restreint par le principe de libre circulation reconnu en droit communautaire. Dès lors, les droits espagnols et français, liés par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, ne peuvent faire prévaloir leurs obligations communautaires liées au principe de libre circulation sur les libertés de réunion et de manifestation qu'ils consacrent constitutionnellement.

¹¹⁷⁶ Voir : *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 décembre 1970, CJCE, C-11/70 ; *Nold*, 14 mai 1974, CJCE, C-4/473.

¹¹⁷⁷ *Eugen Schmidtberger, Internationale Transporte und Planzüge et Republik Österreich*, précit., à l'attendu 93.

B. La conciliation entre liberté de manifestation des uns et liberté de circulation des autres

1. Le caractère temporaire de la participation à une manifestation comme élément de conciliation de la liberté de manifestation des manifestants avec la liberté de circulation des non-manifestants

La manifestation est « une activité expressive intrinsèquement perturbatrice »¹¹⁷⁸. L'aspect perturbateur d'une manifestation constitue sa nature et sa raison d'être¹¹⁷⁹. Parmi les perturbations qu'une manifestation occasionne figure avant tout l'occupation temporaire de l'espace public. En effet, comme Gabriel Babineau a pu le remarquer, les manifestations

« se déroulent rarement sur le trottoir, et il est commun qu'ils interrompent momentanément la circulation. De même, lorsqu'un lieu public est occupé, cela peut empêcher son utilisation habituelle pendant la durée du rassemblement. Cette perturbation par l'occupation d'un lieu public est souvent un élément nécessaire de la manifestation et source de son efficacité comme moyen pour faire valoir ses revendications sociales et politiques »¹¹⁸⁰.

La manifestation a pour objectif d'attirer l'attention à travers le dérangement qu'elle occasionne dans le déroulement habituel de la vie quotidienne. L'efficacité de la communication du message transmis dépend de l'ampleur du trouble occasionné par une manifestation. C'est pourquoi le problème de la compatibilité de l'exercice de la liberté de circulation avec celui de la liberté de manifestation ne peut se résoudre par « la création de *manifestodrome* ou de *circuit d'expression civique* »¹¹⁸¹, au risque d'annihiler tout droit de manifester son opinion sur la voie publique. Ainsi, on peut sérieusement douter de la conformité constitutionnelle de la création d'une « zone de libre expression » à La Malbaie au Québec à l'occasion du sommet du G7 des 7, 8 et 9

¹¹⁷⁸ *Bérubé c. Québec (Ville de)*, précit. au para. 163 ; Voir également : Francis Villeneuve Ménard, « L'infraction d'attroupement illégal dans la régulation de la manifestation : embarras pour la théorie pénale », op. cit., à la p. 149 ; Gabriel Babineau, « La manifestation : une forme d'expression collective op. cit., aux p. 768 et s. ; Patrick Forget, *Sur la manifestation. Le droit et l'action collective*, op. cit., aux p. 10 et s.

¹¹⁷⁹ Gabriel Babineau, « La manifestation : une forme d'expression collective », *ibid.*, à la p. 770.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*

¹¹⁸¹ Domingo Perez Cataño, *Regimen juridico del derecho de reunion y manifestacion*, Madrid, Ministerio del Interior, 1997, à la p. 61.

juin 2018¹¹⁸². En effet, on peut se demander dans quelle mesure la création d'une zone entièrement fermée, longée par le fleuve d'un côté et clôturée par des murets de béton de l'autre et dont l'entrée et la sortie se faisait par un étroit couloir, constitue une limite raisonnable justifiable dans une société démocratique. Ce n'est pas parce qu'une manifestation perturbe le déroulement normal d'un événement ou gêne la circulation automobile que peut être justifiée une limitation à l'exercice de la liberté de manifestation pacifique.

De plus, la voie publique n'est pas uniquement un espace de circulation ; elle est également un espace d'expression¹¹⁸³. De cette manière, comme l'a rappelé le juge Bich de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Bérubé* :

« L'usage de la voie publique, des places publiques ou des parcs à des fins de manifestation pacifique est un usage légitime de ces lieux et que la contrariété temporaire qu'en éprouvent les autres usagers n'est pas un mal, ne constitue pas un préjudice et ne saurait, en soi, appeler une réglementation ou une restriction du droit de manifester pacifiquement »¹¹⁸⁴.

Ainsi, si la possibilité d'organiser une réunion sur la voie publique pour exprimer un message est un élément commun à toute société démocratique, l'altération de la libre-circulation ne peut suffire à sacrifier, à elle seule, l'entière liberté de manifestation sur la voie publique ; autrement, la liberté de manifestation ne pourrait effectivement exister. C'est en ce sens que la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu que :

« Toute manifestation dans un lieu public est susceptible de causer un certain désordre pour le déroulement de la vie quotidienne, y compris une perturbation de la circulation, et qu'en l'absence d'actes de violence de la part des manifestants, il est important que les pouvoirs publics fassent preuve d'une certaine tolérance pour les rassemblements pacifiques, afin que la liberté de réunion ne soit pas dépourvue de tout contenu »¹¹⁸⁵.

Au même titre que le piquet de grève ne peut être intrinsèquement illégal du fait

¹¹⁸² Voir : *Manifester sous intimidation*, Rapport de mission d'observation du G7-Résumé exécutif, Ligue des droits et libertés, Amnistie internationale, septembre 2018, à la p. 4.

¹¹⁸³ *Montréal (ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62 [2005] 3 R.C.S. 141, au para. 81.

¹¹⁸⁴ *Bérubé c. Québec (Ville de)*, précit., au para. 163.

¹¹⁸⁵ Voir : *Barraco c. France*, précit., au para 43 ; *Achouguian c. Arménie*, 17 juillet 2008, CEDH, 33268/03, au para 90 ; *Oya Ataman c. Turquie*, 5 décembre 2006, CEDH, 74552/01, au para 42 ; *Malofeyeva v. Russie*, 30 mai 2013, CEDH, 36673/04.

du préjudice économique qu'il causerait, une manifestation ne peut être illégale du fait de l'altération, voire l'interruption, du trafic qu'elle entraînerait¹¹⁸⁶. En revanche, il n'est pas exclu qu'une manifestation engendre un préjudice indu. C'est le cas, par exemple, lorsqu'elles se tiennent dans un même lieu. Les manifestations répétées, même si elles sont pacifiques, peuvent également, dans certaines circonstances, s'analyser en un abus de position dominante et elles aussi faire légitimement l'objet de restriction visant à protéger les droits et libertés des non-manifestants¹¹⁸⁷. C'est ainsi que les autorités administratives espagnoles ont pu considérer que douze convocations à une manifestation pour le même objet, en l'espace de deux mois, constituaient un exercice abusif du droit de réunion et entraient directement en conflit avec les droits des non-manifestants qui transitent, résident et travaillent dans la zone où se déroulent les rassemblements¹¹⁸⁸. Autrement dit, la réitération abusive de l'exercice du droit de manifester fait perdre le caractère « occasionnel et temporaire » de la manifestation et dans ce cas, la liberté de manifestation est susceptible d'être quelque peu sacrifiée sur l'autel de la garantie de la liberté de circulation.

Par ailleurs, depuis les événements du « printemps arabe », on voit apparaître de nouvelles formes de manifestation. D'abord avec les *acampadas* (campements) des « Indignés » sur la Plaza del Sol à Madrid en mai 2011, un mode de protestation repris par le mouvement « Occupy Wall Street » à travers le monde, puis plus récemment par le mouvement social « Nuit debout » qui a investi la place de la République à Paris en mars 2016. Ainsi, aux défilés traditionnels sur les axes et les places les plus fréquentés

¹¹⁸⁶ Dans l'affaire *Bérubé c. Québec (Ville de)*, précit., aux paras 164 et 165, le juge de la Cour supérieure applique le même raisonnement que celui de la Cour suprême dans *SDGMR, section local 558 c. Pepsi Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8 [2002] 1 R.C.S. 156 concernant le piquetage secondaire.

¹¹⁸⁷ Conseil de l'Europe, Commission européenne pour les démocraties par le droit, « Lignes directrices du BIDDH/OSCE et de la Commission de Venise sur la liberté de réunion pacifique » (2^e édition), préparées par le Groupe consultatif du BIDH/OSCE sur la liberté de réunion pacifique et par la Commission de Venise, adoptées par la Commission de Venise lors de sa 83^e session plénière (Venise, 4 juin 2010), à la p. 49, au para. 84.

¹¹⁸⁸ Juan Manuel Goig Martinez (coord.), Maria Nuñez Martinez, Cayatano Nuñez Rivero, *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Universitas Internacional, S.L 2006, à la p. 309.

des grandes villes, on trouve désormais parmi les formes de manifestation l'occupation, pour une durée illimitée, d'un lieu à la portée symbolique.

Néanmoins, on peut se demander dans quelle mesure une manifestation peut être d'une durée indéterminée alors même qu'un des éléments de sa définition est précisément son caractère éphémère ; une interrogation d'autant plus pertinente qu'il semblerait que l'élément temporel de la liberté de manifestation joue un rôle essentiel dans la conciliation de la liberté de manifestation avec la liberté de circulation des non-manifestants. Une modification temporaire de l'utilisation habituelle de la rue est une conséquence normale et acceptable du droit de manifester et ne constitue pas une entrave à l'utilisation du domaine public. C'est donc la durée limitée de son exercice qui rend la liberté de manifestation compatible avec la liberté de circulation. Autrement dit, c'est parce qu'elle est limitée dans le temps que ses conséquences restrictives sur la liberté de circulation sont admises alors même que la voie publique reste le siège de l'exercice de la liberté de circulation pour une durée, quant à elle, illimitée.

Ce caractère temporaire semble néanmoins soumis à l'appréciation du juge. Ainsi, si d'un côté le Tribunal constitutionnel espagnol rejette la thèse selon laquelle une réunion est une concentration ou une manifestation forcément brève et momentanée¹¹⁸⁹, le juge français estime quant à lui que le déroulement d'une manifestation de 6 heures du matin jusqu'à 23 heures entraînant une gêne partielle de la circulation et plusieurs blocages complets de la circulation sur l'autoroute va au-delà de la simple gêne de circulation que suppose toute manifestation¹¹⁹⁰.

2. La déclaration préalable au cœur de la conciliation entre liberté de manifestation et liberté de circulation des non-manifestants en droit français et espagnol

Il revient aux juges, dans le cadre de leur mission de pondération de principes, de trouver un juste équilibre entre l'exercice de la liberté de manifestation et celui de la

¹¹⁸⁹ STC, 195/2003, 27 octobre 2003.

¹¹⁹⁰ *Barraco c. France*, précit.

liberté de circulation quant à l'utilisation de la voie publique. En droit espagnol et français, la déclaration préalable est au cœur de ce contrôle de pondération de la liberté de manifestation des uns avec la liberté de circulation des autres. Si la liberté de circulation ne suffit pas à justifier que les autorités administratives interdisent une manifestation préventivement, le défaut de déclaration préalable peut néanmoins suffire pour que les forces de l'ordre qualifient une manifestation d'attroupement délictueux entraînant un ordre de dispersion. En effet, dans la mesure où l'obligation de déclaration préalable d'une manifestation répond à un besoin d'encadrement de celle-ci afin d'assurer la sécurité sur la voie publique de tous les usagers, l'absence de déclaration préalable est un motif pour la qualifier d'attroupement susceptible de troubler l'ordre public prévu à l'article 431-3 du *Code pénal français*. De la même manière, la *ley organica* 9/1983 encadrant le régime juridique de l'exercice de la liberté de réunion au sein du système constitutionnel espagnol prévoit, à l'article 5, la possibilité de dissoudre les réunions et manifestations lorsqu'elles sont illicites conformément au droit pénal ou quand elles altèrent l'ordre public en mettant en danger les personnes et les biens. Par ailleurs, avant la réforme du *Code pénal* de 2015, figurait parmi les délits de désordre public le délit d'entrave à la voie publique mettant en danger ceux qui l'utilisent.

Désormais, depuis la *ley organica de proteccion de seguridad ciudadana* du 30 mars 2015, l'occupation de la voie publique est largement sanctionnée par l'article 37 du *Code pénal* qui élève en infraction administrative l'occupation ne respectant pas les décisions administratives. De cette façon, le défaut de déclaration préalable ou le non-respect de mesures administratives d'interdiction ou de modification d'une manifestation peuvent entraîner sa dissolution en raison des dangers sur la circulation qu'elle peut engendrer.

Alors qu'en France et en Espagne, l'obligation de déclaration - impliquant en réalité une autorisation (ou non-interdiction) des autorités administratives quant au lieu et l'itinéraire de la manifestation - est au cœur du principe de pondération de la liberté de manifestation avec la liberté de circulation des non-manifestants, il semble qu'en

droit canadien il en soit tout autrement ; à tout le moins en droit québécois.

Tout d'abord, on l'a vu, il n'existe pas d'obligation de déclaration préalable de manifester au niveau fédéral. Ainsi, le défaut de déclaration préalable ne fait pas l'objet d'une infraction prévue par le *Code criminel*. En droit canadien, les règles relatives à la sécurité routière ainsi qu'au transport routier des personnes et des marchandises relèvent de la compétence provinciale et peuvent être rattachées au paragraphe 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* relative au à la propriété et aux droits civils¹¹⁹¹. C'est pourquoi au Canada, c'est dans la législation provinciale que l'on peut trouver semblable procédure de déclaration préalable d'une manifestation.

Ainsi, le *Code de la sécurité routière* du Québec avait prévu une procédure d'autorisation préalable de manifester¹¹⁹². Cependant, la Cour supérieure du Québec a décidé que le pouvoir discrétionnaire qu'octroyait un tel système d'autorisation ne respectait pas les garanties constitutionnelles découlant des libertés fondamentales d'expression et de réunion pacifique. Les juges ont alors invalidé la disposition prévoyant une telle procédure¹¹⁹³ mais ont suspendu les effets de la déclaration d'invalidité¹¹⁹⁴ en reconnaissant tout de même la nécessité d'un tel système préventif « en raison des dangers en matière de sécurité routière et de circulation des marchandises »¹¹⁹⁵. La Cour d'appel du Québec a réitéré sa jurisprudence en invalidant, à deux reprises, des dispositions de règlements municipaux posant une obligation de déclaration préalable de manifester¹¹⁹⁶. Ainsi, bien que les juges du Québec reconnaissent l'objectif « urgent et réel » d'assurer la sécurité des manifestants et des

¹¹⁹¹ Voir : *Secrétaire du l'Île du prince-Édouard c. Egan* [1941] R.C.S. 396, aux p. 413-418 et *Ross c. registraire des véhicules automobiles* [1975] 1. R.C.S. 5, aux p. 13-14.

¹¹⁹² *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., 1987, c. C-24-2, article 500.1 :

« Nul ne peut, au cours d'une action concertée destinée à entraver de quelque manière la circulation des véhicules routiers sur un chemin public, en occuper la chaussée, l'accotement, une autre partie de l'emprise ou les abords ou y placer un véhicule ou un obstacle, de manière à entraver la circulation des véhicules routiers sur ce chemin ou l'accès à un tel chemin. (...) Le présent article ne s'applique pas lors de défilés ou d'autres manifestations préalablement autorisés par la personne responsable de l'entretien du chemin public à la condition que le chemin utilisé soit fermé à la circulation ou sous contrôle d'un corps de police ».

¹¹⁹³ *Garbeau c. Montréal (Ville de)*, précit.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, au para. 490.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, au para. 489.

¹¹⁹⁶ *Villeneuve c. Ville de Montréal* [2018] QCCA 321 ; *Bérubé c. Québec (Ville de)*, précit.

non-manifestants utilisant la voie publique¹¹⁹⁷, il semble néanmoins qu'une telle obligation préalable à l'exercice de la liberté de manifestation ne passe pas le test de l'atteinte minimale¹¹⁹⁸. Autrement dit, une telle atteinte à la liberté de manifestation constitutionnellement garantie ne satisfait pas les exigences de l'article premier de la *Charte canadienne* en ce qu'elle n'est pas une « limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sein d'une société libre et démocratique ».

La réaction des juges québécois face aux tentatives d'introduire un régime préventif contraste avec nos exemples européens. Si la déclaration préalable conditionne la conciliation de deux libertés antinomiques, pour les juges québécois, c'est la mise en place d'un régime préventif qui paraît contraire à la liberté de manifestation dès lors qu'il « s'apparente à une forme de surveillance étatique »¹¹⁹⁹.

Section 2. La relation complémentaire entre le principe de libre circulation et celui du droit à la liberté de manifestation

Restreindre la liberté de mouvement dans l'espace public revient à limiter la liberté de manifestation dans la mesure où celle-ci suppose, par définition, le mouvement de manifestants le long d'un itinéraire. Au-delà de cette liberté de mouvement intrinsèque à l'exercice de la liberté de manifestation, il existe également la nécessité de garantir la liberté d'aller et venir pour rejoindre ou quitter une manifestation.

Or, dans un monde globalisé, l'objet des protestations porté par les manifestations peut concerner des problématiques qui vont au-delà des frontières. Par ailleurs, la liberté de manifestation soulève la question de la limitation de la libre circulation lorsque son exercice vise à rejoindre une manifestation. A cet égard, les garanties de la liberté de circulation des personnes d'une province canadienne à une

¹¹⁹⁷ *Bérubé c. Québec (Ville de)*, précit., au para. 82 ; *Villeneuve c. Montréal (Ville de)* [2016] QCCS 2888, au para. 444 ; *Garbeau c. Montréal (Ville de)*, précit., au para. 213.

¹¹⁹⁸ *Villeneuve c. Ville de Montréal* [2018], précit., au para 98 ; *Bérubé c. Québec (Ville de)*, précit., au para. 112.

¹¹⁹⁹ *Bérubé c. Québec (Ville de)*, précit., au para. 73.

autre contrastent avec les restrictions de la libre circulation des personnes pour rejoindre une manifestation dans le cadre de l'Union européenne (A).

D'autre part, comme la plupart des libertés, la liberté de manifestation contient un aspect négatif. En effet, le droit de manifester implique le droit de ne pas ou de ne plus participer à une manifestation. Cependant, celui-ci est sérieusement mis à mal par les techniques de gestion de l'ordre public empêchant les manifestants de quitter lorsqu'ils le désirent une manifestation, notamment lorsque celle-ci s'est transformée en attroupement (B).

A. Les garanties de la liberté de rejoindre une manifestation

1. La garantie de la liberté de circulation pour rejoindre une manifestation, inhérente à la liberté de manifestation

La reconnaissance d'un droit de manifester suppose celle de l'utilisation de la voie publique à des fins de manifestation, non seulement pour participer au défilé mais également pour s'y rendre. En effet, la liberté de circulation est la condition inéluctable de l'exercice d'autres libertés comme celle de manifester. La liberté de manifestation est donc subordonnée à la libre circulation des personnes dès lors que sans la garantie de pouvoir se rendre sur les lieux de la manifestation - en d'autres termes de circuler librement jusqu'à ceux-ci - on ne peut bénéficier d'un véritable droit de manifester.

La Cour européenne a effectivement eu l'occasion de reconnaître le lien inhérent entre la liberté de circulation et la liberté de manifestation. Dans l'affaire *Djavit An c. Turquie*¹²⁰⁰ en 2003, les autorités turques avaient interdit la sortie du territoire d'un Chypriote turc qui voulait passer la « ligne verte » (nom donnée à la frontière non-officielle qui divise l'île de Chypre) pour se rendre à des manifestations pacifiques bicommunautaires réunissant des Chypriotes turcs du Nord et des Chypriotes du Sud. Ainsi, en refusant systématiquement l'autorisation de traverser la ligne « verte », les autorités turques avaient, par la même occasion, empêché le

¹²⁰⁰ *Djavit An c. Turquie*, 20 février 2003, CEDH, 20652/92.

requérant de rencontrer des Chypriotes grecs et de participer à des réunions bicommunautaires de sorte qu'une telle limite apportée à la liberté de circulation portait atteinte à son droit de réunion et d'association garanti par l'article 11 de la *Convention européenne*. En effet, la Cour a ici rappelé que les États doivent non seulement protéger le droit de réunion pacifique mais également s'abstenir d'apporter des restrictions indirectes à ce droit. Ainsi, les refus systématiques opposés aux demandes d'autorisation de se rendre dans un lieu dans lequel se tient une réunion ou une manifestation constituent une restriction indirecte de la liberté de réunion pacifique protégée par l'article 11 de la *Convention européenne*. En l'espèce, la Cour européenne a estimé que le refus d'autoriser de circuler jusqu'à la réunion était un obstacle juridique constituant une ingérence dans la liberté de réunion pacifique¹²⁰¹.

La Cour a, par conséquent, estimé qu'une telle limitation de la liberté de réunion n'était pas conforme aux garanties de l'article 11 de la *Convention européenne*. En effet, dans cette affaire, aucune réglementation n'encadrait la procédure de délivrance aux Chypriotes turcs vivant dans le nord de Chypre d'autorisation de traverser la ligne « verte » pour se rendre dans le sud de l'île afin de participer à des réunions bicommunautaires. De cette façon, il était impossible de savoir à l'avance dans quelle mesure un citoyen chypriote turc pouvait se voir refuser l'accès au sud de l'île. Ainsi, pour la Cour européenne, une telle limitation de l'exercice de la liberté de réunion pacifique ne constituait pas une limite « prévue par la loi » au sens de l'article 11 et, de ce fait, était contraire aux garanties de la liberté de réunion pacifique reconnues par la *Convention européenne des droits de l'homme*. En droit conventionnel, la liberté de circulation, que l'on retrouve à l'article 2 du protocole additionnel n° 4 consacrant le droit à « tout individu qui se trouve régulièrement sur le territoire d'un État d'y circuler librement (...) », est donc reconnue en tant que composante de la liberté de manifestation dès lors qu'elle s'exerce en vue de participer à une manifestation.

En matière de libre circulation dans le cadre d'une manifestation, le droit

¹²⁰¹ Ibid., au para. 61.

espagnol se démarque des systèmes constitutionnels français et canadien, notamment à travers la consécration explicite du droit de tenir des réunions sur la voie publique par le constituant à l'article 21-2 de la *Constitution*, emportant avec elle la reconnaissance spécifique de l'utilisation de la voie publique à des fins de manifestation. En outre, l'article 10-2¹²⁰² de la *Constitution espagnole* prévoit :

« L'interprétation des normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne ».

De cette façon, le juge constitutionnel espagnol est lié par une interprétation de la liberté de circulation des manifestants inhérente au principe même de liberté de manifestation.

Par ailleurs, l'article 53-1 de la *Constitution espagnole* garantit que « les droits et libertés reconnus sont (...) contraignants pour tous les pouvoirs publics [et que] seule une loi qui dans tous les cas devra respecter le contenu essentiel pourra réglementer l'exercice de ces droits ». C'est pourquoi, les restrictions faites au libre accès à une manifestation devront respecter les exigences de conformité constitutionnelle en tant qu'élément du contenu essentiel de la liberté de manifestation. Ainsi, en vertu de l'article 53-2 de la Constitution espagnole, tout citoyen pourra demander la protection constitutionnelle de son libre accès à une manifestation « devant les tribunaux ordinaires par une action fondée sur les principes de priorité et de procédure sommaire et, le cas échéant, par le recours individuel d'*amparo* devant le tribunal constitutionnel ».

Une telle consécration constitutionnelle du libre accès à une manifestation et de l'utilisation de la voie publique à des fins de manifestation contraste avec le droit français.

Au-delà du fait que la *Constitution française* est dépourvue d'une

¹²⁰² Article 10-2 de la *Constitution espagnole*, version française [en ligne : <http://www.tribunalconstitucional.es/en/constitucion/Pages/ConstitucionFrances.aspx>] :

« Une interprétation des normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne ».

reconnaissance explicite d'un droit de manifester, l'utilisation de la voie publique à des fins expressives ne trouve aucune consécration au sein de l'ordre juridique français. Toutefois, la reconnaissance par le Conseil constitutionnel d'une liberté d'expression collective des idées et des opinions a contribué à une consécration implicite d'un droit d'utiliser la voie publique à des fins de manifestation.

En effet, comme on l'a déjà noté, dans sa décision *Vidéosurveillance*¹²⁰³ du 18 janvier 1995, le Conseil constitutionnel a reconnu pour la première fois la valeur constitutionnelle de la liberté de manifestation à travers la reconnaissance de la liberté d'expression collective des idées et des opinions. En l'espèce, le juge constitutionnel français a considéré que les dispositions relatives à la mise en place d'un système de vidéosurveillance aux abords de manifestations mettaient en cause « la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir et le droit d'expression collective des idées et des opinions »¹²⁰⁴. En reconnaissant la valeur constitutionnelle de la liberté de manifestation, le Conseil constitutionnel s'est ici opposé à des fouilles réalisées aux abords de manifestations lorsqu'elles ne font pas l'objet d'une autorisation préalable de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel a ainsi pris en compte la gêne occasionnée à la circulation ainsi que la difficulté d'accéder à la manifestation que ces fouilles de véhicules de personnes souhaitant se rendre à une manifestation pour relever une atteinte à la libre communication des pensées et des opinions¹²⁰⁵. La fouille de véhicules est ainsi considérée par le Conseil constitutionnel de manière extensive, comme une limitation de la liberté de « mouvement », dès lors que l'individu désire utiliser le véhicule afin de se mouvoir dans l'espace, *a fortiori* pour rejoindre une manifestation. Ainsi, si la liberté de circulation est à classer parmi les « libertés physiques », il semble que pour le Conseil constitutionnel, la liberté de se mouvoir dans l'espace selon sa propre volonté soit une liberté qui concerne non seulement le mouvement corporel des personnes mais aussi

¹²⁰³ Cons. const., n° 94-352 DC, précit. ; JCP 1995 II 22525, note Frédérique Lafay.

¹²⁰⁴ Ibid., au considérant 16.

¹²⁰⁵ Ibid.

les instruments permettant ce mouvement tels que les véhicules.

Bien qu'en droit français il s'agisse d'une reconnaissance implicite d'un droit d'utiliser la voie publique à des fins de manifestation, il semble néanmoins que le droit d'accéder librement à une manifestation bénéficie d'une protection constitutionnelle. De cette façon, les contrôles d'identité ou les systèmes de vidéosurveillance sont autant de mesures susceptibles de limiter la liberté de se mouvoir dans l'espace, notamment dans le but de rejoindre une manifestation, et à ce titre portent atteinte à une liberté fondamentale. De ce fait, le droit d'accéder librement à une manifestation, en tant que composante de la liberté de manifestation, peut non seulement être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité mais également devant le juge administratif par la voie du référé-liberté en application de l'article 521-2 du *Code de justice administrative*¹²⁰⁶.

Dans le système juridique canadien, le droit d'accéder librement à une manifestation semble également inhérent à la liberté de manifestation. Tout d'abord, comme il a été vu au cours de cette étude, la Cour suprême a eu plusieurs fois l'occasion de reconnaître que l'utilisation de la voie publique afin d'exprimer un message est garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹²⁰⁷.

Par ailleurs, il existe en *common law* un droit de libre circulation sur la voie publique sans entrave connu sous le nom de « *right to pass and repass* », largement reconnu par les tribunaux canadiens¹²⁰⁸. C'est, par exemple, en ce sens que la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Figueiras*¹²⁰⁹, a considéré que la fouille de sacs de manifestants afin de vérifier s'ils n'avaient pas d'armes, aux abords d'une

¹²⁰⁶ CE, ord., 9 janvier 2001, *Desperthe*, n° 228928 ; CE, ord., 9 juillet 2001, *Préfet du Loiret*, n° 253638.

¹²⁰⁷ Voir : *Société Radio-Canada c. Canada (procureur général)* 2011 CSC 2 [2011] 1 R.C.S. 19, au para 37 ; *Montréal (ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, précit., au para. 61 ; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, 2009 SCC 31 [2009] 2 R.C.S. 295, au para. 27.

¹²⁰⁸ Voir : *Figueiras v. Toronto (Police services Board)* [2015] ONCA 208, au para. 80 ; *Dedman c. La Reine* [1985] 2 R.C.S. 2, à la p. 35 ; *Vancouver (City) v. Burchill*, [1932] S.C.R. 620, aux p. 624 et 626 ; *Director of public v. Jones* 1999 UKHL 5 [1999] 2. A. C. 240, à la p. 257.

¹²⁰⁹ *Figueiras v. Toronto (Police services Board)*, *ibid.*

manifestation, portait atteinte au droit de circuler sans entrave sur la voie publique reconnu par la *common law* ; qui plus est lorsqu'il est question de rejoindre une manifestation¹²¹⁰. En réalité, la liberté consacrée à l'article 7 de la *Charte canadienne* inclut *a priori* le droit de circuler librement sur la voie publique, sans entrave. Toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté cet argument en considérant que les tribunaux doivent éviter de constitutionnaliser les différends lorsque ceux-ci peuvent être tranchés à partir des principes de la *common law*. Un tel raisonnement est néanmoins constitutionnellement discutable dès lors qu'il a pour effet d'exclure la protection constitutionnelle de la liberté de circulation prévue par le constituant.

2. La garantie d'une liberté de circulation interprovinciale pour rejoindre une manifestation en droit canadien

Au sein du système juridique canadien, la liberté de circulation revêt une importance toute particulière. En effet, un aperçu sur l'histoire de la fédération canadienne révèle que la liberté de circulation interprovinciale a été placée au centre du projet fédératif¹²¹¹. En effet, une liberté de circulation dans tout le pays exclue du pouvoir de dérogation provinciale a été consacrée, malgré les objections de la province du Québec¹²¹². Ainsi, à l'inverse d'autres droits et libertés fondamentales garantis, comme les libertés d'expression et de réunion pacifique mentionnées à l'alinéa 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la liberté de circulation échappe à la clause dérogatoire de l'article 33 de ce même texte qui garantit :

¹²¹⁰ Ibid., au para 82 :

« As the Alberta Court of Appeal held in *R. v. S.A.*, 2014 ABCA 191, 575 A.R. 230, para 222-25, leave to appeal to S.C.C. refused, [2014] S.C.C.A. No. 373, courts should avoid constitutionalizing disputes if those disputes can be decided on the basis of common law principles ».

¹²¹¹ André Binette, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et la structure de la Constitution du Canada » (2003) *Revue du Barreau / Numéro spécial* 130

Les droits non visés par l'article 33 correspondent] à une certaine conception de la citoyenneté canadienne et constitue un moyen d'atteindre certains objectifs politiques du pouvoir constituant, particulièrement du gouvernement fédéral de l'époque. Le pouvoir constituant craignait sans doute moins les dérogations aux droits fondamentaux que celles à son projet politique dont certains aspects étaient controversés, pas seulement au Québec.

¹²¹² Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Québec) Canada, Éditions Yvon Blais, 2014, à la p. 154.

« [Au] Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des article 7 à 15 de la présente charte ».

C'est pourquoi, au sein du système constitutionnel canadien, la liberté de circulation apparaît privilégiée, voire supérieure, vis-à-vis des autres libertés dont l'exercice peut être soumis à dérogation¹²¹³. Ce caractère spécifique de la liberté de circulation correspondant à une certaine conception de la citoyenneté canadienne et a constitué un moyen d'atteindre l'objectif du pouvoir constituant de former une fédération¹²¹⁴.

Si une interprétation stricte de l'alinéa 6 de la *Charte canadienne* peut faire croire que la liberté de circulation et d'établissement protégée constitutionnellement ne vise que la liberté de circulation en vue de travailler et d'établir sa résidence, cette disposition pose en réalité un droit autonome de se déplacer dans tout le pays indépendamment de toute volonté d'établir sa résidence¹²¹⁵. En effet, la liberté de circulation des personnes ici garantie ne doit pas être interprétée de manière restrictive¹²¹⁶. Autrement dit, la protection constitutionnelle de l'alinéa 6 de la *Charte canadienne* ne peut se limiter au seul déplacement en vue d'établir sa résidence. Ainsi, en combinaison avec l'alinéa 2 c) qui consacre la liberté de réunion pacifique, on peut en déduire que la *Charte* protège le droit de circuler sur tout le territoire canadien afin d'exercer sa liberté de réunion pacifique et notamment de participer à une manifestation pacifique. À ce titre, une restriction de la liberté de circulation des personnes en vue de participer à une manifestation décidée dans une autre province que celle de leur résidence doit répondre aux exigences de l'article premier de la *Charte* ; en d'autres termes, elle doit être établie « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société

¹²¹³ André Binette, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et la structure de la Constitution du Canada », op. cit., à la p. 130.

¹²¹⁴ Ibid.

¹²¹⁵ Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, op. cit. à la p. 155.

¹²¹⁶ Voir : *Black c. Law Society of Alberta* [1989] 1 R.C.S. 591, aux p. 608 et s. ; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S 157, aux p. 201-202.

libre et démocratique ». Ainsi, lorsqu'un sommet international se tient dans une province, celle-ci ne dispose pas d'un pouvoir de dérogation lui permettant de suspendre la liberté des citoyens canadiens des autres provinces de se rendre aux manifestations prévues à cette occasion. On pense, par exemple, au sommet du G20 qui s'est tenu à Toronto les 26 et 27 juin 2010, ou encore le Sommet des Amériques qui a eu lieu dans la ville de Québec les 20, 21 et 22 avril 2001, ou encore, plus récemment le sommet du G7 à La Malbaie dans la région de Charlevoix, au Québec, les 8 et 9 juin 2018. À l'occasion de chacun de ces sommets internationaux, des manifestations avaient été organisées, attirant des citoyens provenant de tout le Canada. En revanche, dans ce contexte, tant le gouvernement fédéral que les gouvernements provinciaux disposent d'un pouvoir de restriction de la libre circulation des personnes afin d'assurer l'ordre et la sécurité à l'occasion de la tenue de ces sommets internationaux. On retrouve pareils phénomènes dans l'espace de l'Union européenne.

Sur le plan européen, la liberté de circulation occupe une place tout aussi particulière qu'en droit canadien. En effet, au-delà de sa consécration dans les constitutions nationales des États membres de l'Union européenne, la liberté de circulation des personnes est reconnue dans le cadre européen.

Bien que le cas du Canada soit évidemment différent de celui de l'Union européenne, en ce que le premier est un État fédéral tandis que la seconde reste une association d'États ayant chacun conservé leur souveraineté, un rapprochement est possible concernant l'enjeu de la liberté de circulation des personnes.

En premier lieu, le *Traité sur l'Union européenne* du 7 février 1992 témoigne d'une volonté d'aller au-delà d'un simple projet économique commun en instituant une citoyenneté européenne. À ce titre l'article 3.2 du Traité rappelle que « l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assuré la libre circulation des personnes ». De cette façon, la liberté de circulation, de séjour et d'établissement des personnes dépasse celle accordée en tant qu'opérateurs économiques. Le droit de l'Union européenne confère effectivement aux nationaux des États membres une série de droits parmi lesquels figure les libertés de

circuler et de séjourner dans les différents États membres en tant que citoyens européens. La citoyenneté européenne instituée par le *Traité sur l'Union européenne* n'est cependant pas une citoyenneté à part entière. Ainsi, elle ne se substitue pas à la citoyenneté des États membres mais s'y ajoute, en conférant des prérogatives aux citoyens des États membres parmi lesquels figure le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, le droit de pétition au Parlement européen ou encore la liberté de circulation et de séjour¹²¹⁷.

À ceci s'ajoute le phénomène de plus en plus développé de manifestations dont les revendications dépassent les frontières nationales, par exemple lorsqu'elles portent sur des décisions prises à Bruxelles qui s'appliquent au sein de tous les États membres. Dès lors, dans une Union européenne désireuse d'instituer une citoyenneté supranationale qui permet aux citoyens des États membres de participer à l'exercice du pouvoir politique au niveau européen, il semble tout naturel que la liberté de circulation des personnes en vue de participer à une manifestation se tenant dans un autre État membre que celui de leur résidence soit garantie par le droit de l'Union européenne que les législations nationales doivent respecter. C'est en ce sens que l'article 20 du « Code frontières Schengen » (Règlement (UE) 2016/339), qui codifie les règles relatives à l'entrée et à la sortie des personnes du territoire de l'Union européenne, confirme le principe selon lequel « les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les personnes quelles que soit leur nationalité ».

Pourtant, il semblerait que les États membres conservent un large pouvoir de reprendre le contrôle de leurs frontières, notamment à l'occasion de grandes manifestations qui impliquent des enjeux internationaux et européens, pour des motifs de sécurité intérieure et d'ordre public. En effet, en vertu de l'article 23 du *Code frontière Schengen* :

¹²¹⁷ Jacques Yvan Morin, « La citoyenneté européenne comparée avec la citoyenneté canadienne », dans Christian Philip, Panayotis Soldatos (dir.), *La citoyenneté européenne*, Actes des 11^e Entretiens du Centre Jacques Cartier, 6-9 décembre 1998, Lyon, Chaire Jean Monnet, Montréal DL 2000, à la p. 99.

« [...] Lorsqu'une menace grave pesant sur l'ordre public ou la sécurité intérieure requiert une action immédiate, un État membre devrait pouvoir réintroduire un contrôle à ses frontières intérieures pour une durée n'excédant pas dix jours ».

Par exemple, c'est ce qu'il s'est passé le 17 avril 2011, lorsque la France a fermé son trafic ferroviaire pendant plus de six heures avec la frontière italienne en raison d'une manifestation pacifique franco-italienne en soutien aux migrants. Il semble ainsi que la simple tenue d'une manifestation suffise à considérer qu'elle engendre une menace grave à l'ordre public ou à la sécurité intérieure justifiant une décision de réintroduction temporaire des frontières entre les États membres. De nombreux exemples vont dans ce sens¹²¹⁸. Cela a notamment été le cas en 2003, lorsque la France a suspendu les accords Schengen pendant la tenue du G8 à Évian¹²¹⁹, mais aussi en 2012, quand l'Espagne a fermé sa frontière avec la France peu de jours avant la réunion de la *Banque centrale européenne* à Barcelone en vue d'empêcher les ressortissants français de participer aux manifestations prévues¹²²⁰. À la différence du cas canadien, où les gouvernements provinciaux ne peuvent suspendre la liberté de circulation des personnes entre provinces, les États membres de l'Union européenne peuvent donc, à tout moment, suspendre la libre circulation des personnes à l'entrée et à la sortie de leurs frontières du fait de la tenue d'une manifestation qui est envisagée, en elle-même, comme un contexte particulier qui menace l'ordre public.

B. L'absence de garantie juridique du droit de quitter une manifestation

1. Le droit de quitter une manifestation, inhérent à la liberté de manifestation

La liberté de manifestation, dans son aspect individuel, recouvre plusieurs éléments qui sollicitent directement et nécessairement la volonté individuelle de

¹²¹⁸ De manière générale, les États membres suspendent la libre circulation des personnes prévues par les accords Schengen lors de la tenue de sommets internationaux comme l'Allemagne en 2015 à l'occasion de la tenue du G7 en Bavière, ou encore l'Italie en 2017 à l'occasion du G7 à Bari.

¹²¹⁹ Cons. const., n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, au considérant 5 Rec. p. 48.

¹²²⁰ Voir : <https://www.europapress.es/catalunya/noticia-arranca-manifestacion-universitaria-contrarecortes-barcelona-20120503130223.html>

chaque manifestant. En effet, pour chaque manifestation, un choix est exprimé en propre par chaque citoyen : celui de participer ou de ne pas participer à une telle expression collective ainsi que celui de quitter la manifestation quand il le souhaite.

Acquise en dehors de toute condition, la liberté de participation à une manifestation s'appuie largement sur la volonté individuelle du manifestant de prendre part ou non à l'expression collective des idées et des opinions. Cette volonté individuelle est une prérogative protégée par le droit, laissant toute initiative à l'intéressé de participer ou de ne pas participer à l'activité expressive qu'est la manifestation. En ce sens, la volonté du manifestant, dans l'exercice de la liberté de manifestation, occupe une place essentielle. De ce fait, si la liberté de manifestation implique le droit de participer à une manifestation, elle implique également le droit de ne pas y participer.

Dans l'arrêt *Chassagnou c. France*¹²²¹, la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu que la liberté d'association protégée par l'article 11 de la *Convention* n'a de sens que s'il existe une liberté de ne pas s'associer. Ici, la Cour européenne a confirmé le principe déjà posé dans l'arrêt *Sigurjonsson c. Islande*¹²²² selon lequel la liberté d'association implique le droit d'adhérer ou de ne pas adhérer à une association. En l'espèce, la Cour a jugé que l'obligation faite par la loi « Verdeille » du 10 juillet 1964 aux petits propriétaires d'adhérer à une association communale de chasse agréée alors même que cela allait à l'encontre de leurs convictions anti-chasse constituait une violation de la liberté d'association en ce qu'elle porte atteinte au libre choix de s'associer. Cette nature bilatérale du droit d'association est, par ailleurs, explicitement reconnue à l'article 20 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* de 1948 qui stipule effectivement que :

- « 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques.
2. Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association ».

¹²²¹ *Chassagnou c. France*, 29 avril 1999, CEDH, 25088/94, 28331/95 et 28443/95.

¹²²² *Sigurjonsson c. Islande*, 30 juin 1993, CEDH, 16130/90.

Dans le même sens, le Conseil constitutionnel français a reconnu la liberté de ne pas adhérer à un groupement syndical¹²²³. Autrement dit, la liberté syndicale repose sur la volonté d'adhérer ou non à un syndicat mais implique aussi celle de le quitter à tout moment. Ainsi, la liberté syndicale, à l'instar de toute autre liberté, repose essentiellement sur l'autonomie de détermination de son titulaire et l'appréciation de l'opportunité de son exercice. Ainsi, une liberté individuelle ne peut pleinement s'exercer que dans la liberté du vouloir du sujet.

En droit canadien, la Cour suprême a également reconnu l'aspect négatif des droits consacrés par la *Charte canadienne*, particulièrement celui de la liberté d'association reconnue à l'alinéa 2 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En effet, dans l'arrêt *Lavigne*¹²²⁴, la Cour suprême a rappelé que l'essence de la garantie prévue par l'alinéa 2 d) réside dans la protection de l'aspiration à l'épanouissement et à l'accomplissement personnels¹²²⁵ en ce qu'elle n'est qu'« une extension de la liberté individuelle »¹²²⁶. La protection de la liberté d'association de l'alinéa 2 d) implique la liberté de ne pas être forcé de s'associer. En effet, de la même manière que l'association volontaire assure la réalisation de l'épanouissement personnel, l'association forcée l'étouffe¹²²⁷. Une société démocratique ne peut effectivement consacrer une liberté d'association qui ne représente pas réellement les convictions et le libre choix de ses membres. Le modèle de société démocratique consacré par l'article premier de la *Charte canadienne* retient ainsi l'aspect négatif de la liberté d'association, soit le droit de ne pas s'associer¹²²⁸.

¹²²³ Cons. const., n° 83-162 DC, 19 et 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, au considérant 85 :

« (...) que la disposition critiquée ne saurait permettre que soit imposé en droit ou en fait, directement ou indirectement, l'adhésion ou le maintien de l'adhésion des salariés d'une entreprise à une organisation syndicale ; qu'il appartiendrait à la direction des entreprises intéressées de refuser de souscrire à toute clause tendant à un tel résultat et, le cas échéant, aux juridictions compétentes, d'en prononcer la nullité ou d'en interdire l'application ».

¹²²⁴ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario* [1991] 2 RCS 211.

¹²²⁵ *Ibid.*, à la p. 317.

¹²²⁶ Thomas Emerson, « Freedom of Association and Freedom of Expression » (1964) 74 Yale L.J.1 4.

¹²²⁷ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, précit. à la p. 318.

¹²²⁸ *Ibid.* :

« La reconnaissance de la liberté de l'individu de ne pas s'associer est la contrepartie nécessaire d'une association constructive conforme aux idéaux démocratiques ».

En effet, un tel modèle pourrait être compromis par une atteinte à la liberté de l'individu de choisir les causes auxquelles il adhère ; une situation qui entraînerait un sérieux risque d'aboutir à un cadre de conformité idéologique¹²²⁹ contraire à la société démocratique au sens de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'arrêt *Lavigne* précité, la Cour suprême canadienne a précisé que la reconnaissance de la liberté de l'individu de ne pas s'associer ne devrait pas être perçue comme opposée à celle de s'associer¹²³⁰. Ce ne sont pas des droits distincts mais les deux revers d'une même liberté qui ont pour même objet de promouvoir les aspirations individuelles.

La *Convention européenne des droits de l'Homme* consacre la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association dans le même, l'article 11. La liberté de manifestation est étroitement liée à la liberté d'association dans la mesure où l'association a pour objet de favoriser l'action collective de personnes en vue de réaliser des objectifs communs¹²³¹. La poursuite d'objectifs communs à travers l'expression collective¹²³² peut faire rentrer la manifestation dans le champ de la liberté d'association. Toutefois, leur régime juridique se distingue du fait du caractère temporaire de la manifestation qui se différencie du lien permanent qui unit les membres d'une association même s'ils ne se réunissent pas dans un même lieu. Néanmoins, la nature bilatérale de l'exercice d'un droit n'échappe pas à la liberté de manifestation. En effet, le manifestant doit être appréhendé comme un sujet de droit libre : libre de choisir de manifester ou de ne pas manifester ; libre d'entrer ou de quitter à tout moment une manifestation. Pour ce faire, les manifestants doivent pouvoir circuler librement au sein d'une manifestation afin de pouvoir la quitter lorsqu'ils le souhaitent. En effet, si l'on considère l'exercice de la liberté de manifestation comme l'expression d'une volonté d'engagement individuel à participer à une expression collective, force est de constater qu'une telle volonté relève seulement de la personne

¹²²⁹ Voir : Brian Etherington, « Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate » (1987) 19 Rev. Ottawa 1.

¹²³⁰ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, précit., à la p. 319.

¹²³¹ *Ibid.*, à la p. 253.

¹²³² Voir Gabriel Babineau, « La manifestation : une forme d'expression collective », op. cit., à la p. 770.

concernée sur les lieux de la manifestation. Dès lors, toute limitation de ce libre choix de quitter une manifestation porterait atteinte à la liberté de manifester.

2. De l'impossibilité de quitter une manifestation

Durant une manifestation, la liberté de circulation des manifestants peut être restreinte pour deux raisons inhérentes à la nature de la manifestation : d'une part, au regard d'un nombre élevé de manifestants qui peut empêcher les participants de circuler comme ils le veulent notamment pour quitter le lieu du rassemblement ; d'autre part, en considération des mesures de sécurité impliquées par l'exercice de la liberté de manifestation qui restreignent, voire plus, la liberté de circulation des manifestants. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un quartier est « bouclé » par les forces de l'ordre et que le seul accès libre pour quitter une manifestation est difficilement accessible du fait de l'existence de barrages policiers. En outre, dans le cadre de leur mission de maintien de l'ordre public durant une manifestation, parmi les pratiques policières employées par les forces de l'ordre pour maintenir l'ordre et la sécurité publics, on retrouve de plus en plus celle du confinement qui consiste à maintenir les manifestants dans une zone encerclée par un cordon de police. Or, cette technique de « contention des foules », appelée aussi « *ketling* », escamote la libre circulation des manifestants inhérente au droit de manifester dès lors qu'elle empêche les manifestants de quitter la zone encerclée par un cordon de police.

Pour autant, dans l'arrêt *Austin et autres c. Royaume-Uni*¹²³³, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que cette technique de « contention des foules » ne constitue pas « une atteinte manifestement grave et illégale à la liberté de manifestation » en ce qu'elle trouve justification dans « la prévention des atteintes graves aux personnes et aux biens ». En l'espèce, pour justifier leur décision, les juges européens se sont fondés sur le principe de subsidiarité, « pilier de la Convention » quant aux mesures des forces de police. Précisément, ils ont soutenu que :

¹²³³*Austin et autres c. Royaume Uni*, n° 36692/09, 40713/09 et 41008/09, 15 mars 2012, CEDH, G.C,

« La police doit jouir d'une certaine marge d'appréciation dans l'adoption de décisions opérationnelles, presque toujours compliquées. Surtout à l'aune, de progrès en matière de technologie de communication, qui permettent de mobiliser des protestataires rapidement, secrètement et à une échelle sans précédent. Les forces de police des Etats contractants font face à de nouveaux défis que nul n'avait, peut-être, prévu, à l'époque où la *Convention* a été rédigée et elles développent pour y répondre des nouvelles techniques de maintien de l'ordre, parmi lesquelles s'inscrit notamment le "Kettling" »¹²³⁴.

Cette restriction de la liberté de circulation des manifestants impliquent des conséquences importantes à deux égards.

Tout d'abord, un tel blanc-seing laissé aux autorités policières est susceptible de nier le droit de choisir de participer ou non à une manifestation qui est pourtant inhérent, on l'a noté, à la liberté de manifestation. Il porte atteinte à la liberté de manifestation dès lors qu'il empêche les manifestants de quitter le lieu de la manifestation. Si l'on considère la liberté de manifestation comme l'expression d'une volonté d'engagement individuel à une expression collective et si cette volonté s'exprime à travers une simple présence, force est d'admettre qu'un cordon policier obligeant les manifestants, comme les non-manifestants, de rester présents dans une zone de manifestation altère le libre choix de manifester. De plus, dans son arrêt *Lavigne* précité, si la Cour suprême canadienne a reconnu que la liberté d'association implique la protection de la liberté de ne pas s'associer, le juge La Forest a tout de même rappelé que l'alinéa 2 d) de la *Charte* ne protège pas contre toutes les formes d'association involontaire¹²³⁵. Il est ainsi intéressant de se demander dans quelle mesure le fait de maintenir des individus ayant participé ou non à une manifestation contre leur volonté dans une zone de confinement est un degré d'association involontaire acceptable ou non dans une société démocratique.

Par ailleurs, une telle négation de l'aspect négatif de la liberté de manifestation sacrifie la volonté individuelle sur l'autel de l'action collective ; une situation qui est d'autant plus problématique lorsque la manifestation est devenue un attroupement délictueux. En effet, toute manifestation constitutionnellement protégée peut se

¹²³⁴ Ibid., au para. 61.

¹²³⁵ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, précit. à la p. 320.

transformer, en quelques minutes, dès que les forces de police donnent l'ordre de se disperser, en un attroupement pénalement sanctionné, en dehors de toute volonté des manifestants sur place. Bien qu'en principe les forces publiques n'interviennent qu'après que les manifestants aient été sommés de se disperser étant donné que sans ce signal l'attroupement n'est pas délictueux, le caractère protecteur des sommations est cependant de fait à nuancer lorsque, se situant dans un quartier « bouclé » ou dans une zone de confinement, il est parfois impossible pour des manifestants pacifiques de quitter le rassemblement devenu un attroupement.

Certaines pratiques policières, comme l'utilisation d'une zone de confinement, rend tout bonnement impossible de circuler librement. On ne peut alors distinguer le manifestant pacifique, qui se trouve dans l'impossibilité de circuler librement pour quitter le lieu de rassemblement, du manifestant qui a la volonté de rester sur place pour participer aux troubles à l'ordre public. Ces pratiques des forces de police qui, dans le cadre de leur mission de maintien de l'ordre, empêchent la liberté de circulation des manifestants annihilent ainsi non seulement le libre choix de quitter la manifestation inhérent à la liberté de manifestation mais également toute possibilité de ne pas commettre de délit d'attroupement ; une situation d'autant plus contestable qu'au sein des trois ordres juridiques étudiés, l'élément intentionnel n'est pas nécessaire pour constituer un délit d'attroupement. En effet, au même titre que la présence à une manifestation suffit à présumer la participation à celle-ci, la simple présence sur les lieux du rassemblement après des sommations de se disperser présume la participation à un délit d'attroupement.

Bien que la liberté de manifestation s'exerce de manière collective, elle reste un droit individuel. De cette manière, la volonté du manifestant de rester ou de quitter le lieu de la manifestation doit être préservée pour le mettre à l'abri des agissements du groupe. Or, garantir la libre circulation des manifestants requiert de garantir la volonté de chacun de quitter la manifestation quand il le souhaite, surtout lorsque celle-ci est devenue un attroupement délictueux. *A contrario*, nier la libre circulation des manifestants revient ni plus ni moins à nier leur volonté de quitter la manifestation en

les obligeant, ce faisant, à engager leur responsabilité pénale dans la commission de délits.

Sous-chapitre 2. Les effets des limitations à la liberté de circulation sur la liberté de manifestation

Limiter l'accès de certains lieux pour manifester porte atteinte à l'exercice de la liberté de manifestation dès lors que le choix du lieu est directement en lien avec le message transmis. C'est pourquoi, il est impossible d'imaginer « la création de *manifestodrome* ou de *circuit d'expression civique* »¹²³⁶ sans annihiler la liberté de manifestation telle qu'elle est entendue dans cette étude. Un lieu n'acquiert la valeur de tribune publique qu'à l'aune du point de vue des manifestants quant à la visibilité qu'un tel choix de lieu prodiguera à leur message. Ainsi, il ne peut revenir ni au législateur, ni aux autorités responsables de l'ordre public, ni aux juges de décider quels sont les lieux où il sera possible ou non d'organiser des manifestations. Malgré tout, il existe une compétence d'interdiction de l'exercice de la liberté de manifestation dans certains lieux ; celle-ci doit néanmoins être strictement bornée en tant que limitation de l'exercice des libertés d'expression et de réunion pacifique consacrées (Section 1).

À ceci s'ajoute la compétence de restreindre l'accès aux lieux de manifestation qui trouve un fondement dans les missions de maintien de l'ordre public dans les lieux publics. Néanmoins, lorsque les autorités sont tentées de ranger l'exercice de la liberté de manifestation parmi les *nuisances* susceptibles de troubler l'ordre public, ils oublient que manifester est avant tout un exercice de libertés constitutionnellement garanties. Ainsi, les opérations d'inspection et de fouille de bagages comme la fouille de véhicules restreignent l'accès aux manifestations. Comme les interdictions de manifester dans certains lieux, les restrictions d'accès aux lieux de manifestations

¹²³⁶ Domingo Perez Cataño, *Regimen juridico del derecho de reunion y manifestacion*, op. cit., à la p. 61.

constituent des limitations à l'exercice des libertés d'expression et de réunion pacifique. À ce titre, elles doivent être soumises au respect des garanties supra-législatives de ces dernières. S'il devient de plus en plus difficile de nier l'application de telles garanties à l'endroit des mesures restreignant le libre accès à une manifestation, on assiste néanmoins à un affaiblissement de celles-ci. (Section 2)

Section 1. L'interdiction d'accès à certains lieux pour manifester

Certains lieux sont interdits aux manifestations. De telles interdictions de manifester dans certains endroits demeurent néanmoins soumises au respect des garanties des droits et libertés d'expression et de réunion pacifique constitutionnellement consacrées.

Pour délimiter le pouvoir d'interdiction de manifester dans certains lieux, les juges canadiens s'inspirent, tout en s'en distinguant, de la doctrine du *public forum* que l'on retrouve au sein de la jurisprudence américaine à travers la doctrine de la *compatibilité du lieu*. Selon cette notion, une propriété publique constitue un forum public dès lors que l'accès public à des fins de communication est raisonnablement compatible avec l'usage que fait l'Etat de cette propriété¹²³⁷. (A) Alors qu'en droit canadien, il revient aux juges de déterminer quels sont les endroits où la liberté d'expression des manifestants mérite ou non d'être protégée, le large pouvoir octroyé aux autorités compétentes françaises et espagnoles en matière d'interdiction de manifester dans certains lieux laisse ce pouvoir de délimitation à la discrétion des législateurs et des autorités. Ainsi, en droit français et espagnol, l'approche *lato sensu* de l'ordre public permet d'octroyer une large compétence d'interdiction de l'exercice de la liberté de manifestation dans certains endroits qui reste faiblement contrôlée par le juge. (B)

¹²³⁷ Richard Moon, « Access to public and private property under freedom of expression » (1988) 20 Ottawa L. rev. 339, p.341.

A. *Les interdictions de manifester dans certains lieux en droit canadien*

1. Les interdictions de manifester dans certains lieux du fait de l'« incompatibilité du lieu »

En droit canadien, il est admis que des activités expressives comme la manifestation peuvent échapper à la protection constitutionnelle de l'*alinéa 2 b)* de la *Charte* en raison du lieu où elle se déroule¹²³⁸. En effet, en vertu de la jurisprudence canadienne qui distingue forme et contenu expressifs, si tous les contenus bénéficient de la garantie de l'*alinéa 2 b)*, ce n'est pas le cas de toutes les formes choisies pour les communiquer. Dès lors, le moment, l'endroit où la manière de transmettre un message est susceptible d'exclure la protection constitutionnelle accordée à une activité expressive. On comprend alors que si l'un des aspects de la liberté d'expression réside dans le droit de s'exprimer dans certains endroits particuliers en raison de leur signification symbolique, la protection constitutionnelle de la manifestation se retrouve territorialement limitée.

Une propriété privée, par exemple, n'entre pas dans le champ d'application des garanties de la *Charte canadienne* dès lors que celle-ci ne s'applique qu'aux actes pris par des autorités publiques¹²³⁹. En revanche, une interdiction de manifester dans certains endroits relevant de la propriété publique en tant qu'acte pris par une autorité publique, demeure soumise au respect des libertés d'expression et de réunion pacifique constitutionnellement consacrées. À ce sujet, il convient de rappeler que l'État ne possède pas à l'égard de ses propriétés les mêmes droits qu'un propriétaire privé. En effet, contrairement à un propriétaire privé qui profite pour son propre intérêt des lieux

¹²³⁸ *Montréal (ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, précit., au para. 60.

¹²³⁹ Il en va différemment en droit provincial. Par exemple, la *Charte des droits et libertés des personnes* du Québec garantissant les libertés d'expression et de réunion pacifique s'applique tant aux personnes privées qu'aux personnes publiques.

dont il est propriétaire, l'utilisation des propriétés publiques doit se faire au bénéfice et pour l'usage des citoyens¹²⁴⁰. Concernant l'usage d'une propriété publique, les juges canadiens distinguent cependant l'usage public et l'usage privé.

En effet, si certains lieux relevant de la propriété de l'État sont reconnus comme des endroits publics parce que la population dispose d'un droit de libre accès à leur égard, d'autres, indépendamment de leur caractère public, sont d'usage privé dès lors qu'ils ne sont pas ouverts au public¹²⁴¹. Cette distinction opérée par les juges canadiens se rapproche de l'approche retenue par la doctrine du *public forum* dégagée dans la jurisprudence américaine. En vertu de celle-ci, les propriétés publiques peuvent se diviser en trois catégories distinctes : la première regroupe les forums publics traditionnels, c'est le cas des rues et des parcs, par exemple ; la deuxième inclut les forums publics par désignation, c'est-à-dire les lieux publics que l'État a qualifiés comme principalement affectés à des activités de communication, par exemple les auditoriums, les lieux de réunion ou encore les salles de spectacles ; la troisième comprend les forums qui ne sont pas publics, qui ne constituent ni par tradition ni par désignation un forum de communication publique.

Ainsi, selon la catégorie à laquelle appartient une propriété publique, aux États-Unis, il sera plus ou moins possible de restreindre la liberté de s'y exprimer¹²⁴². Les restrictions imposées à l'expression des idées et des opinions dans des lieux publics appartenant aux deux premières catégories seront plus difficilement justifiables que les celles prises à l'égard des endroits relevant de la troisième catégorie. Les juges

¹²⁴⁰ *Comité pour la République du Canada c. Canada* [1991] 1 R.C.S.139 aux p. 152 et 155 :

« Le gouvernement n'est pas dans la même position qu'un propriétaire privé à cet égard car il possède des biens non pas pour son propre bénéfice mais pour celui du citoyen. Il est évident que le gouvernement a le droit, et même l'obligation, de destiner certains biens à certaines fins et de gérer "sa" propriété pour le bien public. L'exercice de ce droit et l'accomplissement de cette obligation peuvent, selon les circonstances, légitimer l'imposition de certaines restrictions aux libertés fondamentales. Bien sûr le gouvernement peut-il restreindre l'accès du public à certains endroits ; bien sûr, peut-il également agir pour assurer la paix et le bon ordre ; mais il ne peut pas invoquer son droit de propriété pour justifier un geste dont le seul but et l'unique effet est d'entraver l'exercice d'une liberté fondamentale (...). On ne peut restreindre l'exercice de la liberté d'expression aux seuls lieux sur lesquels la personne désirant s'exprimer possède un titre de propriété ; une telle approche nierait sans contredit les fondements même de la liberté d'expression. J'en conclus donc que les droits de propriété du gouvernement, en raison de la nature toute particulière de celui-ci, ne peut à lui seul, permettre la violation de la liberté garantie sous l'alinéa 2 b) de la *Charte* ».

¹²⁴¹ *Montréal (ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, op. cit. au para. 64.

¹²⁴² *Perry Education association v. Perry Local Educators' association*, 460 U.S. 37 (1983), à la p. 45.

canadiens se sont largement inspirés de cette doctrine pour en développer une autre, propre au modèle canadien ; celle de la « compatibilité du lieu ». Selon eux, une propriété publique constitue un forum public dès lors que son accès au public à des fins de communication est raisonnablement compatible avec l'usage que fait l'État (ou personne publique de manière plus générale) de cette propriété¹²⁴³. Toutefois, la disponibilité traditionnelle du lieu à des fins expressives n'est pas une condition essentielle de cette compatibilité comme c'est le cas aux États Unis en vertu de la doctrine du *public forum*. L'absence de tradition de communication publique dans un lieu n'empêche donc pas sa classification en tant que tribune publique si d'autres facteurs sont réunis. Dès lors, au-delà des propriétés publiques reconnues traditionnellement comme des endroits de libre expression, l'utilisation d'autres lieux à des fins expressives peut bénéficier de la protection constitutionnelle dès lors que leur fonction principale est compatible avec cette activité expressive, qui peut être une manifestation. Plus l'entrave à la fonction principale du lieu sera importante, plus il sera aisé de justifier une interdiction de manifester à cet endroit. Par conséquent, il est peu probable que les manifestations se tenant dans l'enceinte d'un hôpital, d'un palais de justice ou d'un établissement scolaire puissent bénéficier d'une protection constitutionnelle au vu de l'entrave à la fonction principale de ces lieux qu'elles entraîneraient. En revanche, l'exclusion de la protection constitutionnelle n'est pas automatique ; il doit être prouvé que l'organisation d'une manifestation dans ces lieux est effectivement inconciliable avec leur fonction principale.

La plupart des affaires concernant des interdictions de manifester dans des lieux publics sont tranchées en considération de la fonction historique ou principale de ceux-ci, cependant d'autres critères peuvent justifier une protection constitutionnelle de la liberté de manifestation dans certains endroits publics. Il peut, par exemple, être pris en compte la signification symbolique d'une propriété publique au regard du message

¹²⁴³ Richard Moon, « Access to public and private property under freedom of expression », op. cit., à la p. 341.

transmis. À cet égard, des rues et des parcs ont acquis une signification particulière pour des manifestants qui souhaitent s'adresser à leurs concitoyens sur différents sujets. Bien qu'en 1978, dans l'arrêt *Dupont*¹²⁴⁴, le juge Beetz au nom de la majorité avait estimé que « loin d'être l'objet d'un droit, la tenue d'une réunion publique dans une rue ou dans un parc peut constituer une atteinte aux droits des pouvoirs municipaux qui sont propriétaires de la rue »¹²⁴⁵, justifiant ainsi un règlement municipal interdisant toute manifestation dans toute la municipalité pendant une durée d'un mois, la Cour suprême a eu plusieurs fois l'occasion de revenir sur cette jurisprudence en considérant que les rues et les parcs sont des lieux de rencontre publique où diverses formes d'expression sont acceptées depuis longtemps¹²⁴⁶. En réalité, un parc ou une rue n'ont pas en soi la valeur de tribune publique ; ils ne l'acquièrent qu'au regard de leur fréquentation par la population. C'est un critère contextuel qui est considéré, liant un lieu à l'objet d'une manifestation. En définitive, il est difficile d'écarter la protection constitutionnelle de l'exercice de la liberté de manifestation du fait du lieu où celle-ci se tient dès lors qu'en général, le choix de ce dernier est directement en lien avec le message que l'on souhaite transmettre.

Ainsi, si la portée symbolique d'un lieu entraîne la protection constitutionnelle de son occupation à des fins de manifestation et si la manifestation n'entrave pas déraisonnablement la fonction principale du lieu, il sera difficile d'écarter les garanties de l'*alinéa 2 b)* de la *Charte canadienne*. C'est le cas, par exemple, des manifestations se tenant sur la « Colline parlementaire » pour protester contre le vote d'une loi. De la même manière, il sera difficile d'écarter la protection de l'exercice de la liberté d'expression aux abords d'établissements scolaires pour protester contre des hausses de frais de scolarité, ou encore à l'égard d'une manifestation en protestation de la tenue d'un sommet international près du lieu où celui-ci se tient. Par ailleurs, outre sa portée symbolique, la Cour suprême a reconnu qu'un lieu pouvait être une tribune publique

¹²⁴⁴ *Dupond c. Ville de Montréal et autres* [1978] 2 R.C.S. 770.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 797.

¹²⁴⁶ *Montréal (ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, précit., au para. 81.

pour exercer une activité expressive du fait de sa fréquentation par de nombreuses personnes qui permet aux manifestants de bénéficier d'une importante visibilité. C'est en ce sens que le juge Lamer, dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, a reconnu que :

« L'individu a intérêt à transmettre ses idées en un lieu qui de par la présence d'interlocuteurs, favorisera la dissémination efficace de ses propos ».

En l'espèce, la Cour suprême a reconnu que la distribution de tracts de nature politique dans un aéroport pouvait bénéficier de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression. En définitive, il semble exister une multitude de critères indéterminés par avance qui se révèlent pertinents pour considérer qu'un lieu bénéficie de la protection de l'*alinéa 2 b)* de la *Charte* si des manifestants décident de l'occuper à des fins expressives. Par conséquent, il est impossible de tracer avec précision une ligne de démarcation entre les lieux publics excluant et ceux n'excluant pas la protection constitutionnelle de leur occupation à des fins de manifestation¹²⁴⁷. Il revient ainsi aux juges canadiens, au fur et à mesure des cas d'espèce, de déterminer quels sont les endroits où la liberté d'expression des manifestants mérite ou non d'être protégée.

2. L'exigente conformité constitutionnelle d'un pouvoir d'interdiction de manifester dans certains lieux

Bien que l'on puisse largement présumer que l'occupation d'un lieu public en vue de manifester bénéficie de la protection constitutionnelle de l'*alinéa 2 b)* de la *Charte canadienne*, il demeure toujours la possibilité de limiter l'exercice de la liberté de manifestation dans certains lieux. Il en est notamment ainsi en vertu de l'article premier de la *Charte* qui prévoit que les droits et libertés consacrés peuvent être restreints par une règle de droit dans des limites raisonnables et à la condition que celle-ci soit justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le pouvoir d'interdiction de manifester dans certains endroits n'étant assigné à aucun ordre de

¹²⁴⁷ Voir sur ce point : Richard Moon, « Access to public and private property under freedom of expression », op. cit., aux p. 148 et s.

gouvernement en particulier, il peut trouver un fondement normatif tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial dans les limites de leur domaine de compétence respectif prévus par les paragraphes 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, les dispositions interdisant l'occupation de certains endroits en vue d'y manifester peuvent être de nature fédérale. C'est le cas, par exemple, de la *Loi sur le Parlement du Canada* qui, dans son paragraphe 79.53 (1), confère au service de protection parlementaire un pouvoir de sécurité sur la « Colline parlementaire ». Dès lors, c'est sur ce fondement qu'un régime de permis préalable a été adopté pour pouvoir tenir une manifestation sur la « Colline parlementaire » à Ottawa. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une interdiction absolue de manifester, la mise en place d'une obligation de permis délivrée par un comité interministériel¹²⁴⁸ implique un éventuel pouvoir d'interdiction de manifester de la part de cet organe public. On retrouve pareil procédé de permis préalable de manifester au niveau provincial. En effet, l'encadrement de l'utilisation de l'espace public, comme on l'a déjà noté, est généralement une matière purement locale¹²⁴⁹. Par exemple, en vertu de la compétence du législateur provincial en matière d'utilisation des chemins publics de la province, et avant qu'il n'ait été invalidé du fait de son imprécision¹²⁵⁰, l'article 500.1 du *Code de la sécurité routière* du Québec¹²⁵¹ prohibait à toute personne d'occuper un chemin public au cours d'une action concertée destinée à entraver de quelque manière la circulation des véhicules, sauf lorsqu'il s'agissait de :

« défilés ou d'autres manifestations préalablement autorisés par la personne responsable de l'entretien du chemin public à la condition que le chemin utilisé soit fermé à la circulation ou sous contrôle d'un corps de police ».

Par ailleurs, plusieurs règlements municipaux exigent l'obtention d'un permis pour organiser une manifestation dans des lieux publics de la municipalité, impliquant

¹²⁴⁸ Ce comité est constitué de représentants de la Chambre des communes, du Sénat, de la Gendarmerie royale du Canada, de la Commission de la capitale nationale, du Bureau du Conseil privé, du Ministère du patrimoine canadien et du Ministère des services publics et de l'approvisionnement.

¹²⁴⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44, par 92 (16).

¹²⁵⁰ *Garbeau c. Montréal (Ville de)*, précit.

¹²⁵¹ *Code de la sécurité routière* RLRQ c. C-24.2.

par la même un pouvoir municipal d'interdiction de manifester. Ainsi, le règlement de la municipalité de Baie-Comeau interdit la tenue de manifestations dans l'espace public de la municipalité sans autorisation écrite de la ville¹²⁵². De manière similaire, celui de Cowansville prévoit une interdiction d'organiser, de diriger ou de participer à une activité regroupant plus de quinze personnes dans un endroit public sans avoir préalablement obtenu une autorisation de la municipalité à cet effet¹²⁵³.

Qu'il s'agisse d'une disposition relevant de l'ordre de gouvernement fédéral ou d'une disposition d'origine provinciale, dans tous les cas, les mesures de restriction de l'exercice de la liberté de manifestation dans certains endroits doivent trouver une justification au sein d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*. La plupart des règlements municipaux interdisant la tenue de manifestations dans l'espace public des municipalités sont pris sur le fondement de la compétence de ces dernières en matière de bon ordre, de paix publique et de tranquillité publique. Une telle attribution aux municipalités d'un pouvoir normatif d'encadrer les nuisances remonte à 1851¹²⁵⁴. Une nuisance désigne tout état de chose ou de fait qui est susceptible de produire des inconvénients sérieux et de porter atteinte, soit à la santé publique, soit à la vie, soit à la sécurité, soit à la santé, soit à la propriété, soit au confort des personnes, ou qui les prive de l'exercice d'un droit commun¹²⁵⁵. Bien que les

¹²⁵² *Règlement 95-450 concernant le bon ordre, la paix et la sécurité publique*, article 11 :

« Assemblées dans les places publiques :

Il est défendu à toute personne ou tout organisme de tenir des assemblées, parades, manifestations, compétitions, défilés, spectacles, représentations ou autres démonstrations du même genre dans les places publiques de la ville, à moins d'avoir obtenu l'autorisation écrite du directeur ».

¹²⁵³ *Règlement 1822 (RM 460) concernant la paix, l'ordre et les nuisances*, article 23 :

« Défense d'organiser un rassemblement dans un endroit public.

Nul ne peut organiser, diriger ou participer à une activité, une marche ou une course regroupant plus de quinze (15) participants dans un endroit public sans avoir préalablement obtenu une autorisation de la municipalité à cet effet.

Le fonctionnaire désigné peut émettre une autorisation permettant la tenue d'une telle activité aux conditions suivantes :

- a) Le demandeur aura préalablement présenté à la municipalité et à la sûreté du Québec un plan détaillé de l'activité
- b) Le demandeur aura satisfait aux mesures de sécurité recommandées par la Sûreté du Québec
- c) Le demandeur aura acquitté des frais prévus par résolution, s'il y a lieu ».

¹²⁵⁴ *Montréal (ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, précit., au para. 131.

¹²⁵⁵ Voir : *Anctil c. Cour municipale de ville de la Pocatière* [1973] C.S. 238, à la p. 244 ; *Baie Comeau (Ville) c. Bar le Broadway* 1999 Carswell Que 1472 (C.S.).

municipalités disposent d'une compétence pour définir et prohiber les « nuisances » qui peut constituer une limite justifiée à la liberté d'expression des personnes¹²⁵⁶, il ne s'agit cependant pas d'un pouvoir de définition illimité de ce qu'est une nuisance¹²⁵⁷.

La jurisprudence canadienne a déterminé deux catégories de nuisance : des nuisances par nature (c'est le cas, par exemple, des détritrus sur la voie publique) et des nuisances du fait de l'emploi abusif d'une activité¹²⁵⁸. On peut alors penser que la manifestation relève de la seconde catégorie de nuisance dans la mesure où, entraînant l'occupation d'un lieu public, elle porte en elle une volonté de perturber le bon ordre, la paix publique, la tranquillité publique ou, plus généralement, le « déroulement normal des choses » afin d'attirer l'attention d'un maximum de personnes et de transmettre le plus largement possible un message. Si l'on admet donc que l'exercice de la liberté de manifestation implique un caractère perturbateur, alors il est aisé de présumer qu'interdire une manifestation soit un moyen d'atteindre l'objectif de maintenir le bon ordre, la paix publique et la tranquillité publique. Toutefois, malgré le caractère intrinsèquement perturbateur de la manifestation, celle-ci ne peut être vue que comme une nuisance dès lors qu'elle constitue un exercice légitime des libertés d'expression et de réunion pacifique constitutionnellement consacrées¹²⁵⁹. Ainsi, les municipalités ne peuvent interdire les manifestations dans l'espace public de leur ville mais disposent de la compétence d'encadrer l'usage de la liberté d'expression à des fins de manifestation, notamment afin d'assurer la jouissance de l'espace public tant

¹²⁵⁶ *Montréal (ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, précit., au para. 131.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, au para. 109.

¹²⁵⁸ Lionel Giroux, « Retour sur les compétences municipales en matière de nuisance », dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville Blais p. 328-330.

¹²⁵⁹ *Bérubé c Québec (Ville de)*, précit., au para. 163 :

« Il est vrai que la manifestation - même pacifique - est une activité expressive intrinsèquement perturbatrice. C'est toutefois là sa nature et sa raison d'être. Elle attire l'attention parce qu'elle dérange, elle se fait voir et entendre parce qu'elle interrompt le quotidien ; elle communique son message parce qu'elle suscite un débat en investissant (provisoirement) un lieu public. Ce n'est pas pour autant qu'elle est une nuisance que l'on doit réprimer ni un trouble de l'ordre public ni de la sécurité publique et les mesures qu'adoptent les autorités ne peuvent pas avoir pour objet d'éliminer cette perturbation. Il faut insister au contraire sur le fait que l'usage de la voie publique, les places publiques ou des parcs à des fins de manifestations pacifiques est un usage légitime de ces lieux et que la contrariété temporaire qu'en éprouvent les autres usagers n'est pas un mal, ne constitue pas un préjudice il ne saurait, en soi, appeler une réglementation ou une restriction du droit de manifester pacifiquement ».

pour les citoyens désireux de participer à une manifestation que pour les non-manifestants. En ce sens, les règlements municipaux qui régulent l'exercice de la liberté de manifestation doivent viser un objectif urgent et réel.

Néanmoins, aux yeux de la Cour d'appel du Québec, ni le pouvoir municipal d'interdiction de manifester, ni le pouvoir municipal de modifier le lieu ou l'itinéraire d'une manifestation ne semblent satisfaire les critères de nécessité et de proportionnalité au respect desquels est soumise l'administration¹²⁶⁰. En effet, la Cour d'appel du Québec a censuré par deux fois la trop grande discrétionnarité et le risque d'arbitraire que de tels pouvoirs confèreraient aux autorités municipales compétentes en matière de limitation du droit fondamental de manifester¹²⁶¹.

B. Les interdictions de manifester dans certains lieux en droit français et espagnol

1. L'élargissement de la compétence d'interdiction de manifester dans certains lieux en vue de sauvegarder l'ordre public

L'article 10 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789 prévoit que :

« Nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuse pourvu que leur manifestation ne trouble par l'ordre public établi par la loi ».

¹²⁶⁰ Sur le sujet, voir : Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, op. cit., au para. IX.146

¹²⁶¹ En ce sens, voir : *Bérubé c Québec (Ville de)*, précit., au para. 162 :

« L'application de ces règles laisse par ailleurs aux policiers et à l'intimée un pouvoir discrétionnaire très étendu, constitutif d'une forme d'arbitraire difficilement conciliable avec la libre expression et la libre réunion pacifique. En somme, les effets bénéfiques anticipés ne l'emportent pas sur les effets préjudiciables, le champ d'application extrêmement vaste du Règlement à cet égard et la nature de la sanction pénale qui en découle donnant à cette mesure une portée excessive et faisant pencher la balance du côté de l'appelant ».

et *Villeneuve c. Ville de Montréal* [2018], précit., aux para. 84 et 87 :

« Même si le libellé de l'article 2.1 ne laisse entrevoir aucune délégation explicite ni attribution directe d'un pouvoir discrétionnaire aux policiers chargés d'appliquer le règlement, la portée large des termes employés confère aux forces policières une discrétion dans la détermination de ce que constitue une manifestation illégale au sens de l'article 2.1. Le texte de cette disposition ne prévoit pas de critères ou d'indices permettant de circonscrire son champ d'application, de sorte que ce sont les policiers qui se voient requis de préciser eux-mêmes la norme et d'éditer les balises. La disposition devient alors si vague et imprécise qu'elle se trouve de fait à déléguer un pouvoir discrétionnaire qu'elle n'encadre pas minimalement ».

Au sein du système constitutionnel français, la valeur supra-législative de la sauvegarde de l'ordre public trouve par ailleurs un fondement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans sa décision de référence du 27 juillet 1982 relative à la *loi sur la communication audiovisuelle*¹²⁶², ce dernier a érigé en objectif de valeur constitutionnelle la sauvegarde de l'ordre public¹²⁶³. Toutefois, le juge constitutionnel français a aussi octroyé un fondement à la compétence du législateur de limiter les droits et libertés au nom de la sauvegarde de l'ordre public mais sans jamais s'être risqué à définir le contenu de la notion d'ordre public, faisant de l'interprétation plus ou moins large de celui-ci le parfait outil malléable d'une restriction. Le Conseil constitutionnel dote donc le législateur d'un fondement constitutionnel indéfini lui permettant de limiter les droits et libertés fondamentales comme le droit de manifester mais, dans le même temps, en posant un tel objectif de valeur constitutionnelle, il peut soumettre le législateur à sa propre conception de l'ordre public et, par conséquent, « domestiqué » le pouvoir de ce dernier au fur et à mesure de ses décisions¹²⁶⁴.

Ainsi, en ne déterminant pas clairement les contours de la finalité à atteindre¹²⁶⁵, le contrôle de constitutionnalité peut apparaître, au regard des exigences d'ordre public, comme une faible garantie de la liberté de manifestation. Le Conseil constitutionnel semble faire de l'ordre public une fin indirecte à laquelle se rattachent certains objectifs évoqués par le législateur lui-même. Par exemple, dans sa décision n° 2010-604 DC¹²⁶⁶, il a notamment estimé que le délit d'occupation d'un établissement scolaire sans y être habilité ou autorisé ne portait pas atteinte à la liberté d'expression collective des idées et des opinions dès lors qu'il a pour seul objectif de troubler la tranquillité ou le bon

¹²⁶² Cons. const., n° 82-141 DC, précit.

¹²⁶³ Ibid., au considérant 4.

¹²⁶⁴ Justin Kissangoula, *La Constitution française et les étrangers*, thèse dirigée par Jacques Robert, Paris, LGDJ, coll. « Thèses. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, à la p. 400.

¹²⁶⁵ Christophe Vimbert, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » (1994) RDP 711.

¹²⁶⁶ Cons. const., n° 2010-604 DC, 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*.

ordre de l'établissement¹²⁶⁷. Au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la conceptualisation de l'ordre public passe par le rattachement de différents objectifs soulevés par le législateur lui-même. Ainsi, comme « les exigences minimales de la vie en société »¹²⁶⁸, il semble que la protection de la tranquillité publique et du bon ordre d'un établissement puissent entrer dans le contenu indéterminé de la sauvegarde de l'ordre public. Or, reconnaître un droit au législateur de limiter la liberté d'expression pour assurer la tranquillité et le bon ordre revient à nier purement et simplement l'existence d'un droit de manifester au sein d'un système juridique.

Par ailleurs, si, comme les juges canadiens, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de proportionnalité en tant que contrôle modérateur des empiètements de la puissance publique dans la sphère des libertés individuelles et collectives, dès lors que les intérêts publics motivant la limitation d'une liberté ne sont pas préalablement définis, un tel contrôle perd toute efficacité. En effet, sans une délimitation de la sauvegarde de l'ordre public, le contrôle de proportionnalité apparaît davantage comme un moyen pour le législateur de justifier des interdictions de manifester dans certains lieux, notamment pour y garantir la tranquillité et le déroulement normal des activités propres à ces endroits, que comme une véritable garantie de la liberté de manifestation.

L'ordre public est presque toujours évoqué par le Conseil constitutionnel français, à l'inverse du Tribunal constitutionnel espagnol qui semble rejeter l'emploi de cette notion trop « abstraite ». Les tribunaux espagnols font davantage référence aux expressions de « sécurité des citoyens » ou de « sécurité publique » mais également de « paix publique »¹²⁶⁹ en procédant à une interprétation restrictive de cette dernière,

¹²⁶⁷ Ibid., aux considérants 27 et 32.

¹²⁶⁸ Cons. const., n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, aux considérants 4 et 5.

¹²⁶⁹ Le Tribunal constitutionnel espagnol, dans sa décision STC 325/1994 du 12 décembre 1994, a considéré que l'expression de « sécurité des citoyens » était synonyme de « sécurité publique » qui désigne la tranquillité dans la rue, en précisant qu'une telle sécurité trouve ses origines dans le concept d'ordre public. Ici l'ordre public renvoie à la situation de normalité dans laquelle peut se dérouler diverses activités sans que ne se produisent des perturbations ou au fonctionnement normal des institutions et du libre et pacifique exercice des droits individuels. Le Tribunal constitutionnel a par ailleurs rappelé que la sécurité des citoyens est la garantie de la protection du libre exercice des droits et

précisant que celle-ci ne doit pas être confondue avec la notion large d'« ordre public »¹²⁷⁰. Selon sa jurisprudence, la notion de paix publique doit être entendue comme désignant l'ensemble des conditions générales externes et fondamentales qui permettent le déroulement normal de la coexistence citoyenne et l'exercice des droits fondamentaux¹²⁷¹. En ce sens, toutes les atteintes à l'ordre public n'impliquent pas nécessairement une perturbation de la paix publique. Dit autrement, la paix publique peut demeurer même en présence de certains désordres publics.

La perturbation de la paix publique sur laquelle se fonde le législateur espagnol pour interdire des manifestations dans certains lieux pose cependant un sérieux problème de conformité constitutionnelle. En effet, le constituant espagnol, à la différence des constituants français et canadien, a été particulièrement précis quant aux possibilités d'interdire des manifestations. En vertu de l'article 21-2 de la *Constitution*, l'unique fondement pouvant justifier l'interdiction d'une manifestation réside dans la présence d'un risque d'atteinte à l'ordre public mettant en danger les personnes et les biens. À travers une telle formulation, le constituant espagnol a reconnu le caractère perturbateur inhérent à l'exercice de la liberté de manifestation en excluant toute possibilité d'un élargissement de la compétence d'interdiction de manifester au nom d'une simple perturbation de la paix publique.

La réforme du *Code pénal espagnol* par la *ley organica 1/2015* et la *ley organica 4/2015* relative à la protection de la sécurité des citoyens a cependant introduit de nouveaux délits d'interdiction de manifester dans certains lieux.

Le nouvel article 557 ter du *Code pénal* sanctionne ainsi l'occupation de certains lieux dès lors que celle-ci se fait contre la volonté de leur propriétaire ou titulaire. La perturbation de la paix publique et du fonctionnement normal de l'activité du lieu peut suffire pour déclencher les sanctions prévues par l'article 557 ter du *Code*

libertés. Le Tribunal constitutionnel a également vu dans la sécurité publique l'activité qui ouvre à la protection de personnes et des biens tels que le maintien de la tranquillité et de l'ordre citoyen.

¹²⁷⁰ STS 865/11 20 juillet 2011 ; STS 987/09 13 octobre 2009

¹²⁷¹ Voir STS 1321/99 27 septembre 1999;

pénal. Ces lieux peuvent être des propriétés privées ou publiques, des bureaux, des usines, des établissements ou des locaux ; ce même lorsqu'ils sont ouverts au public. En ce sens, la réforme du *Code pénal* de 2015 est venue élargir l'ancien article 557-1 du même code qui sanctionnait déjà les occupations irrégulières de lieux lorsque celles-ci engendraient des dommages matériels ou personnels. De son côté, l'article 37.7 de la *ley organica 4/2015*, outre de sanctionner les occupations de la voie publique¹²⁷², a érigé en infraction administrative toute occupation d'un lieu contre la volonté de son propriétaire, de son locataire ou de son titulaire lorsque celle-ci ne fait pas l'objet d'une infraction pénale. À la différence d'autres dispositions punissant également l'occupation irrégulière de certains lieux¹²⁷³, ces nouvelles dispositions sanctionnent les occupations temporaires qui perturbent la paix publique et le fonctionnement normal de l'activité des lieux¹²⁷⁴. Or, un délit de perturbation du fonctionnement normal d'un lieu annihile de fait toute possibilité d'exercice de la liberté de manifestation pourtant garantie au sein du système constitutionnel espagnol.

De la même manière, l'article 36.2¹²⁷⁵ de *ley organica 4/2015* punit la perturbation de la sécurité des citoyens dans le cadre de réunions ou de manifestations aux abords du Congrès des députés, du Sénat ou des assemblées législatives des Communautés autonomes, lorsque cette perturbation ne constitue pas une infraction

¹²⁷² *Ley organica 4/2015*, 30 mars 2015, de *protección de la seguridad ciudadana*, article 37 :

« Son infracciones leves :

7. La ocupacion de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infraccion penal (...) ».

¹²⁷³ Article 203 du *Code pénal* :

« Sera castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al publico ».

Article 245.2 du *Code pénal* :

« El que ocupare, sin autorizacion debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, sera castigado, con la pena de multa de tres a seis meses ».

¹²⁷⁴ Gonzalo Quintero Olivares (dir), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 1^{re} éd., Thomson Reuters Aranzadi Civitas, 2015, à la p. 785.

¹²⁷⁵ *Ley organica 4/2015*, précit., article 36 :

« Infracciones graves :

Son infraccionenes graves :

2. La perturbacion grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasion de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autonomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya infraccion penal ».

pénale. Néanmoins, afin qu'une telle infraction administrative soit conforme aux exigences constitutionnelles découlant des articles 21 et 53 de la *Constitution espagnole*, la « perturbation de la sécurité des citoyens » doit être interprétée de manière restrictive ; autrement dit en tant que perturbation mettant en danger les personnes et les biens.

2. L'élargissement de la compétence infralégislative d'interdire l'accès à certaines zones aux manifestants

L'article 17 de la *ley organica 4/2015* a octroyé aux agents des forces de sécurité le pouvoir de limiter ou de restreindre la circulation ou l'accès à des voies et lieux publics ainsi que d'établir des zones de sécurité lorsqu'il existe des raisons de croire que des altérations de la sécurité des citoyens et de la coexistence citoyenne pacifique sont susceptibles d'y avoir lieu. Cette limitation ou restriction doit cependant être décidée uniquement pendant une durée nécessaire au maintien ou rétablissement de la sécurité des citoyens et de la coexistence citoyenne pacifique. En effet, dans la mesure où cette disposition limite la libre circulation dans certaines zones publiques et voies de circulation, elle porte atteinte à la liberté d'aller et venir constitutionnellement garantie par l'article 19 de la *Constitution espagnole*. Un tel pouvoir de limitation d'un droit constitutionnellement reconnu doit respecter les exigences des garanties constitutionnelles.

L'article 19 de la *ley organica 1/1992* du 21 février 1992 relative à la protection de la sécurité des citoyens permettait déjà aux forces de sécurité de restreindre et d'interdire la libre circulation dans certaines zones en présence d'altérations de l'ordre et de la coexistence citoyenne mais la nouvelle *ley organica* de 2015 précité a élargi le pouvoir des forces de sécurité en la matière. En effet, désormais ce pouvoir de restriction et d'interdiction d'accès à certaines zones peut être mis en œuvre en présence seulement d'indices pouvant faire craindre à des altérations de l'ordre et de la coexistence citoyenne pacifique. De cette façon, le législateur espagnol a procédé à un

élargissement du pouvoir discrétionnaire des forces de sécurité pour interdire le libre accès de certaines zones.

La question de la conformité constitutionnelle d'un tel élargissement a été examinée par le *Consell de garanties Estatutaries de Catalunya* (Conseil des garanties statutaires de Catalogne), organe catalan chargé de vérifier la conformité constitutionnelle des dispositions à titre consultatif avant de pouvoir former un recours en inconstitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel. Dans un avis 7/2015 du 4 juin 2015 relatif à la *ley organica 4/2015*, ce Conseil a conclu que l'expression « indices pouvant faire croire » utilisée dans son article 17 réduisait suffisamment la compétence de limitation des droits et libertés des policiers dès lors que les indices pouvant justifier la nécessité de prendre des mesures d'interdiction d'accès à certains endroits doivent être fondés sur un risque réel d'altérations de l'ordre et de la coexistence citoyenne pacifique. Par conséquent, les forces de police ne pourront pas se fonder sur une simple hypothèse subjective d'un risque mais sur une forte présomption d'altérations de l'ordre et de la coexistence citoyenne pacifique. De cette façon, un tel pouvoir apparaît pour l'organe consultatif « raisonnable et proportionné à la finalité et à la protection d'autres biens ».

Néanmoins, si l'on considère que l'article 17 de la *ley organica 4/2015* porte atteinte à la liberté d'aller et venir, il est également susceptible de restreindre l'exercice de la liberté de manifestation. En effet, ce pouvoir d'interdiction d'accès à certains lieux peut s'adresser à des manifestants. Or, le choix du lieu ou d'un itinéraire d'une manifestation est généralement intrinsèquement lié à la communication du message porté par celle-ci. L'article 17 précité fonde un pouvoir d'interdiction de manifester dans certains lieux en cas de risque d'altérations de l'ordre et de la coexistence citoyenne pacifique, cependant l'article 21 de la *Constitution espagnole* prévoit une telle interdiction seulement en cas de risque d'altérations à l'ordre public mettant en danger la sécurité des personnes et des biens. Ainsi, on peut tout de même légitimement douter de la constitutionnalité de l'article 17 de la *ley organica* de 2015 au regard des

exigences découlant des garanties de la liberté de manifestation au sein du système constitutionnel espagnol.

En droit français, c'est le régime d'exception de l'état d'urgence qui fondait de tels pouvoirs accordés aux autorités administratives. En effet, avant que le Conseil constitutionnel ne censure l'article 5-2 de la *loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, le préfet avait le pouvoir « d'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé ». Autrement dit, avec un tel pouvoir, l'autorité administrative pouvait restreindre ou interdire l'accès de certaines zones à des manifestants par un simple arrêté préfectoral. Cependant, dans une décision en date du 11 janvier 2018¹²⁷⁶, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur la garantie de la liberté d'aller et venir pour déclarer l'inconstitutionnalité de l'article 5-2 de la *loi du 3 avril 1955* au motif que le pouvoir d'instituer des zones de protection ou de sécurité n'était pas suffisamment encadré pour pouvoir être conformes à la *Constitution*. De ce fait, une telle limitation à la liberté de circulation allait au-delà de l'objectif visé, à savoir le rétablissement de l'ordre public. Cette censure a fait suite à celle du pouvoir d'interdiction de séjour prévu par l'article 5-3 de la même loi¹²⁷⁷ sur lequel se fondait les préfets pour interdire à certains manifestants de se rendre dans des lieux de manifestation¹²⁷⁸. Un tel pouvoir administratif d'interdiction de séjour a fait l'objet d'une censure au motif que les conditions pour la prononcer à l'encontre de « toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics » étaient trop vagues au regard de l'objectif de prévention des troubles à l'ordre public. Le motif d'entrave de l'action des pouvoirs publics apparaissait plus étendu que la sauvegarde de l'ordre public visé par la loi sur l'état d'urgence. Une telle entrave de

¹²⁷⁶ Cons. const., n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, *Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zone de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence]*.

¹²⁷⁷ Cons. const. n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, *M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'État d'urgence]*.

¹²⁷⁸ À cet égard, entre 2015 et 2017, plus de 683 interdictions de séjour avaient été prises par les préfets, sur le fondement de cet article 5-3 de la loi de 1955. La quasi-totalité d'entre elles non seulement n'avaient pas de lien direct avec la menace terroriste mais poursuivaient l'objectif non dissimulé d'empêcher des manifestants de participer à des manifestations.

l'action des pouvoirs publics n'est pas nécessairement constitutive d'un tel trouble. D'autre part, le pouvoir d'interdiction de séjour pouvait se fonder sur la seule intention de provoquer une telle entrave, sans même que celle-ci soit matérialisée. De cette façon, l'article 5-3 de la *loi de 1955* laissait à l'administration une marge d'appréciation trop large et discrétionnaire que le juge administratif ne serait en mesure de contrôler efficacement¹²⁷⁹. Dès lors, il a été reconnu que l'article 5-3 de la *loi du 3 avril 1955* méconnaissait l'exigence de nécessité des mesures de police administrative.

De la même manière que dans sa décision relative au pouvoir d'interdiction de séjour, dans sa décision du 11 janvier 2018, le Conseil constitutionnel a estimé que la notion de « réglementation de séjour » à travers le pouvoir d'instituer des zones de protection et de sécurité était trop vague. En effet, celui-ci pouvait désigner tout aussi bien une restriction d'accès à travers la mise en place de contrôles qu'une interdiction pure et simple d'accéder à certains endroits¹²⁸⁰. On pourrait penser qu'il appartenait au juge administratif de s'assurer de la proportionnalité des mesures prises dans ces zones instituées par décret pour valider ou non leur légalité au regard des principes généraux guidant le contrôle de légalité des mesures de police administrative¹²⁸¹. Toutefois, dès lors que les motifs pouvant justifier la mise en place de telles zones n'étaient pas énoncés par la loi, le juge administratif ne disposait d'aucun cadre législatif permettant de fonder son contrôle de légalité. Par conséquent, ni la nécessité ni la proportionnalité de telles mesures ne pouvaient être garanties¹²⁸².

Contrairement au pouvoir d'interdiction de séjour qui a été réhabilité par une modification prenant en compte la décision du Conseil constitutionnel qui l'avait

¹²⁷⁹ Gweltaz Eveillard, « Liberté d'aller et venir. L'inconstitutionnalité des zones de protection et de sécurité » (2018) 5 Droit administratif 34 p.37.

¹²⁸⁰ Ibid.

¹²⁸¹ CE, 19 mai 1933, Benjamin : Lebon ; p. 541, D 133, 3 p. 354 concl. Michel ; 5 1934, 3 p. 1 concl. Note A. Mestre

¹²⁸² Gweltaz Eveillard, « Liberté d'aller et venir. L'inconstitutionnalité des zones de protection et de sécurité », op. cit.

censuré¹²⁸³, le pouvoir d'interdire ou de restreindre l'accès de certaines zones a été invalidé sans que celui-ci ne soit remplacé par une version modifiée. Néanmoins, l'ordonnancement juridique français ne se retrouve pas tout à fait dépourvu d'un tel pouvoir administratif d'interdiction d'accéder à certaines zones, susceptible de restreindre la liberté de manifestation dans ces lieux. En effet, la *loi n° 2017-1510* du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme a affranchi le pouvoir de restriction ou d'interdiction d'accéder à certaines zones de leur cadre juridique d'exception en l'introduisant dans le droit commun. Le nouvel article L. 226-2 du *Code de la sécurité intérieure* reconnaît ainsi au préfet le pouvoir d'« instituer par arrêté motivé un périmètre de protection au sein duquel l'accès et la circulation des personnes sont réglementés ». Pour autant, ce pouvoir de mettre en place un périmètre de protection est directement inspiré du pouvoir administratif de création de zones de protection et de sécurité prévu par le régime d'exception de l'état d'urgence, qui a été censuré par le Conseil constitutionnel. C'est pourquoi, le Conseil constitutionnel est venu poser une réserve d'interprétation concernant les conditions de l'instauration d'une telle disposition en indiquant que :

« Ne peut être institué par le préfet par arrêté motivé qu'aux fins d'assurer la sécurité d'un lieu ou d'un événement exposé à un risque d'acte de terrorisme en raison de sa nature et de l'ampleur de sa fréquentation. En outre, ce périmètre doit être limité au lieu exposé à la menace et à leurs abords. Enfin, son étendue et sa durée doivent être adaptées et proportionnées aux nécessités que font apparaître les circonstances »¹²⁸⁴.

En conséquence, le Conseil constitutionnel a pu estimer que :

« Le législateur, qui a à la fois strictement borné le champ d'application de la mesure qu'il a instaurée et apporté les garanties nécessaires, a assuré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention

¹²⁸³ Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Il s'agissait de la sixième prorogation de l'état d'urgence institué en novembre 2015. L'article 2 est venu préciser l'article 5-3 en prenant en compte la jurisprudence constitutionnelle. Désormais, le préfet a le pouvoir :

« D'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public. L'arrêté énonce la durée, limitée dans le temps, de la mesure, les circonstances précises de fait et de lieu qui la motivent, ainsi que le territoire sur lequel elle s'applique, qui ne peut inclure le domicile de la personne intéressée ».

¹²⁸⁴ Cons. const., n° 2017-695 QPC, 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autres [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]* considérant 31.

des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir et le droit au respect à la vie privée »¹²⁸⁵.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel ne s'est aucunement penché sur les possibles atteintes d'un tel pouvoir d'instituer un périmètre de protection à l'encontre de la liberté de manifestation, faisant de cette dernière le « parent pauvre » des lois sécuritaires. Pourtant, il est probable qu'une manifestation soit un événement particulièrement exposé à un risque terroriste du fait de l'ampleur du nombre de participants qu'elle réunit. De ce fait, un tel pouvoir d'institution d'un périmètre de sécurité est susceptible de viser des lieux de manifestation et ainsi de porter atteinte à l'exercice de la liberté de manifestation. Avec un tel pouvoir, certains endroits manifestement symboliques, tels que le Parlement ou des avenues assurant une grande visibilité aux manifestations comme l'avenue des Champs-Élysées à Paris, pourront effectivement dorénavant faire l'objet d'interdiction ou de restriction d'accès sous couvert de lutte anti-terroriste, réduisant ainsi un peu plus le choix des lieux de manifestation. Dès lors, il aurait été judicieux de vérifier la conformité constitutionnelle d'une telle disposition à l'aune des garanties de la liberté de manifestation.

Section 2. Les restrictions au libre accès à la manifestation

Outre les interdictions de manifester dans certains lieux, toutes les restrictions apportées à l'accès à une manifestation constituent des limites à la liberté de manifestation. Parmi elles, on peut mentionner, par exemple, les fouilles de manifestants ou encore les contrôles d'identité réalisés par les forces de police aux abords d'une manifestation. La compétence de restreindre l'accès à une manifestation réside dans la nature même de leur mission de contrôle préventif ou répressif des infractions pénales ou administratives. Bien que ces opérations policières, qui s'exercent aux abords des manifestations en conditionnant ainsi leur accès, puissent trouver un fondement dans la compétence générale de maintien de l'ordre sur la voie

¹²⁸⁵ Ibid., au considérant 35.

publique, un tel pouvoir de restriction n'est pas illimité dès lors que ces opérations de police, en tant que limitations de l'exercice d'un droit garanti, doivent passer un contrôle de nécessité (A).

Si la compétence de restriction de l'accès aux manifestations se fonde aussi bien sur la prévention des atteintes à l'ordre public que sur la recherche des auteurs d'infractions pénales, plus il y a d'infractions pénales et administratives en lien avec l'exercice de la liberté de manifestation, plus les contrôles d'identité et les fouilles restreignant le libre accès aux manifestations trouveront une justification. L'accroissement des infractions pénales et administratives en lien avec l'exercice de la liberté de manifestation observé en droit français et espagnol entraîne une systématisation juridiquement valide des restrictions d'accès aux manifestations (B).

A. L'encadrement strict des restrictions au libre accès à la manifestation en droit canadien

1. Le fondement juridique des restrictions au libre accès à la manifestation

Bien que tous les citoyens disposent d'un droit présumé de circuler dans les rues sans être dérangés par l'État, les agents de police disposent de compétences pour s'y opposer dans certains cas. En effet, la police détient notamment le pouvoir de contrôler l'accès à des zones définies. Par exemple, certaines lois encadrent l'accès du public à des bâtiments tels que les palais de justice ou les aéroports¹²⁸⁶ et peuvent exiger que les personnes donnent leur identité ou qu'elles consentent à être fouillées avant de pouvoir y entrer¹²⁸⁷.

En droit canadien, en vertu de la *common law*, est reconnu le droit de circuler dans les rues sans être dérangé par l'État¹²⁸⁸ ; autrement dit, les personnes ont le droit

¹²⁸⁶ *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, chap. P-15 ; *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2 et règlements connexes.

¹²⁸⁷ *Figueiras v. Toronto (Police services Board)*, précit., au para. 58.

¹²⁸⁸ *R. c. Mann* 2004 CSC 52 [2004] 3 R.C.S. 59, au para. 1.

de circuler librement sans craindre d'être détenues ou fouillées¹²⁸⁹. Le droit de marcher dans la rue sans être gêné ne signifie cependant pas que des agents de police ne peuvent pas procéder à des contrôles qui peuvent constituer des restrictions au libre accès à une manifestation. C'est le cas des fouilles et des contrôles d'identité réalisés aux abords d'une manifestation.

Les agents de police sont toutefois des représentants de l'État et ne peuvent agir que dans les limites de la loi. Leurs compétences peuvent être établies dans une loi ou découler de la *common law*. Les pouvoirs conférés aux agents de police visent à leur permettre de s'acquitter de leurs devoirs dont les principaux sont « le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie des personnes et des biens »¹²⁹⁰. La police a aussi l'obligation, en *common law*, de résoudre les crimes et de traduire leurs responsables en justice¹²⁹¹. Pour accomplir ces devoirs, les agents de police peuvent restreindre la libre circulation sur la voie publique en procédant à des contrôles et à des vérifications. Ainsi, ils disposent de certains pouvoirs leur permettant de restreindre la liberté de mouvement des personnes¹²⁹².

¹²⁸⁹ *R. v. Ferdinand* [2004] OTC 674 -21 CR (6th) 65 – 122 (2d) 269 – [2004] OJ N 3209 (QL), au para. 54 :

« [...] Young people have a right to "just hang out", especially in their neighbourhood, and to move freely without fear of being detained and searched on a mere whim, and without being advised of their rights and without their consent. Mere hunches do not give police the grounds to "surprise" a group of young people, or to "get right on them" for investigative purposes without something further that provides a lawful basis for doing so ».

¹²⁹⁰ *Dedman c. La Reine*, précit., au para. 69. Voir également les paragraphes 42(1) et (3) de *la Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, chap. P-15 qui disposent ce qui suit :

« 42(1) L'agent de police a notamment pour fonctions :

- a) de préserver la paix
- b) de prévenir les actes criminels et autres infractions et d'apporter aide et encouragement aux autres personnes qui participent à leur prévention
- c) d'aider les victimes d'actes criminels
- d) d'appréhender les criminels et autres contrevenants ainsi que les autres personnes qui peuvent légalement être placées sous garde
- e) de porter des accusations et de participer à des poursuites
- f) d'exécuter les mandats qui doivent être exécutés par des agents de police des fonctions connexes
- g) d'exercer les fonctions légitimes que le chef de police lui confie
- h) dans le cas d'un corps de police municipales ou d'une entente conclue en vertu de l'article 10 (entente visant la prestation de services policiers par la Police provinciale), d'exécuter les règlements municipaux ».

Loi sur la police, L.R.Q. 2000, chap P-13.1, article 50 :

« 50 La sûreté du Québec, corps de police national, agit sous l'autorité du ministre de la sécurité publique et a compétence pour prévenir et réprimer les infractions aux lois sur l'ensemble du territoire du Québec.

La sûreté a également compétence pour prévenir et réprimer les infractions aux règlements municipaux applicables sur le territoire des municipalités applicables sur le territoire des municipalités sur lequel elle assure des services policiers ».

¹²⁹¹ *R. c. Waterfield* [1963] 3 AIII ER 659 (CA)

¹²⁹² *R. c. Mann*, précit., au para. 1.

Pour autant, dans l'arrêt *Figueiras*, la Cour d'appel de l'Ontario a estimé que des agents de police n'avaient aucun pouvoir statuaire d'exiger du requérant qu'il consente à une fouille de son sac comme condition préalable pour emprunter une voie publique afin de se rendre à une manifestation. En l'espèce, les policiers exigeaient des manifestants qu'ils se soumettent à une fouille s'ils souhaitaient poursuivre leur chemin sur la voie publique. Or, ces opérations ne se fondaient pas sur la finalité d'une enquête mais sur l'intention de prévenir une infraction d'émeute qui avait eu lieu la veille dans le centre-ville de Toronto lors de rassemblements s'opposant au sommet du G20. Les pouvoirs alors exercés par les agents ne visaient donc pas seulement à contrôler l'accès à une zone mais il s'agissait plutôt d'obliger les personnes qui entraient dans une zone de se soumettre à une fouille et de les exclure de celle-ci si elles la refusaient¹²⁹³. C'étaient également des pouvoirs appliqués de manière sélective parce qu'ils ne ciblaient que les manifestants. L'officier alors responsable soutenait qu'il était tenu d'arrêter toutes les personnes susceptibles d'être des manifestants afin de les soumettre à un contrôle et une fouille pour vérifier la présence ou non d'armes. En l'espèce, le juge de première instance avait fait un rapprochement entre le pouvoir de fouille exercé aux abords des manifestations et celui exercé aux entrées des palais de justice et des aéroports. Or, le pouvoir d'imposer des fouilles et des contrôles d'identité en tant que conditions pour accéder à certains lieux ne peut constituer un fondement général qui s'appliquerait aux zones de manifestation. En outre, l'équipe de cet officier était le seul groupe à invoquer son pouvoir d'arrêter et de fouiller les manifestants. De ce fait, la Cour d'appel a considéré que la fouille et les contrôles réalisés aux abords des manifestations n'étaient pas prescrites par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*.

De la même manière, les tribunaux canadiens n'ont jamais considéré que les pouvoirs accessoires dont dispose la police, qui sont issus de la *common law*, incluaient un pouvoir général d'interrogation des personnes dans l'accomplissement de leurs

¹²⁹³ *Figueiras v. Toronto (Police services Board)*, précit., aux paras 52 et s., spéc. au para. 62.

devoirs relatifs au maintien de l'ordre. Les policiers sont, d'une manière générale, libres de poser des questions à n'importe quelle personne dans la rue, qu'une infraction ait été commise ou non¹²⁹⁴. Pour autant, à moins que l'agent ait des motifs pour l'arrêter ou la détenir, la personne à qui les questions sont posées n'est pas obligée d'y répondre et peut poursuivre sa route¹²⁹⁵. Autrement dit, un manifestant qui se fait contrôler avant de rejoindre une manifestation est tout à fait libre de refuser de se soumettre à ce contrôle s'il n'a commis aucune infraction. En effet, en dehors de ses pouvoirs de détention et d'arrestation, la police ne peut contraindre une personne.

Bien qu'en *common law* les personnes disposent du droit fondamental de « circuler librement le long des routes particulièrement à pied », la liberté de circuler sur une voie publique dans un véhicule constitue cependant un « droit limité » et, par conséquent, il est plus facilement restreint¹²⁹⁶. À ce titre, les lois provinciales autorisent les agents de police à arrêter des véhicules à des fins de réglementation et de sécurité routière¹²⁹⁷. Les contrôles peuvent être aléatoires¹²⁹⁸ et la police peut effectuer un examen visuel de l'intérieur. Toutefois, le contrôle ne doit concerner que des éléments relatifs à la sécurité routière et aux infractions en matière de circulation¹²⁹⁹. Autrement dit, de tels contrôles ne peuvent donner lieu à des demandes plus intrusives, notamment en lien avec la participation ou non à une manifestation. En effet, une telle procédure inquisitoire ne pourrait être engagée que sur le « fondement de motifs raisonnables et probables » de commission d'infractions¹³⁰⁰. Les agents peuvent donc fouiller le

¹²⁹⁴ *R. c. Grafe* [1987], 35 CCC (3d) 267 (ONCA).

¹²⁹⁵ Voir par exemple : *R. c. Esposito* (1985), 24 CCC (3d) 88 (ONCA), au para 15 ; *Dedman c. La Reine*, précit., au para. 11.

¹²⁹⁶ *Figueiras v. Toronto (Police services Board)*, précit., au para. 79 ; *Brown c. Durham regional police force* [1998] 131 CCC (3d) 1 (ONCA), au para 77.

¹²⁹⁷ C'est le cas, par exemple, du *Code de la sécurité routière* RLRQ c. C-24.1, articles 36, 61 et 102.

¹²⁹⁸ L.R.O. 1990, chap H.S para 216 (1), Code de la route. Voir également : *Brown c. Durham regional police force*, précit., au para. 21 ; *R. c. La douceur* [1990] 1 R.C.S 1257, au para. 60 ; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* 1996 CSC 165 [1996] 2 R.C.S. 1048, au para. 30 ; *R. c. Hufsky* [1988] 1 RCS 621, au para. 16.

¹²⁹⁹ *Brown c. Durham regional police force*, *ibid.*, au para 24 ; *Regina v. Gonzales* (1962) 32 D.L.R (2d) 290, aux paras 55 et 56 ; *R. c. La douceur*, *ibid.*, au para. 60 ; *R. c. Mellenthin* [1992] 3 R.C.S. 615, au para. 32.

¹³⁰⁰ *R. c. Ladouceur*, *ibid.*, à la p. 1287.

véhicule ou établir l'identité des passagers dans le cadre d'un contrôle routier que s'il existe des motifs fondés sur un risque sérieux de commission d'une infraction. Il en va de même pour les interpellations au hasard de piétons aux fins de contrôle et de vérification. Autrement dit, de tels procédés restreignant la libre circulation des personnes, qui peuvent notamment souhaiter se rendre à une manifestation, doivent être fondés sur un risque raisonnable de commission d'infraction sous peine d'être abusifs.

La participation à une manifestation, loin de constituer une infraction, est une forme d'exercice des libertés fondamentales d'expression et de réunion pacifique. De ce fait, les procédés de restriction de la libre circulation aux abords d'une manifestation ne peuvent être justifiés par la simple tenue de cette dernière. Lorsqu'il n'existe aucune raison fondée de croire que celle-ci sera troublée, il n'existe pas, en droit canadien, de pouvoir général de maintien préventif de la paix publique justifiant des restrictions au libre accès aux manifestations. De plus, s'il est possible que la police décide d'employer des procédés de restriction de la libre circulation des manifestants pouvant empêcher l'accès à une manifestation, parce qu'ils bornent l'exercice des libertés fondamentales d'expression et de réunion pacifique, ceux-ci devront remplir certaines conditions afin de pouvoir être reconnus comme des limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*.

2. Le contrôle de la nécessité des restrictions au libre accès de la manifestation

Bien que la police soit tenue de remplir de larges obligations de prévention et de répression des infractions, son pouvoir pour s'en acquitter n'est pas illimité. Elle n'est effectivement pas habilitée à prendre n'importe quelles mesures¹³⁰¹, qui plus est lorsque celles-ci portent atteinte à des droits et libertés constitutionnellement consacrés.

En vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, s'il est possible de restreindre les libertés d'expression et de réunion pacifique constitutionnellement

¹³⁰¹ *R. c. Mann*, précit., au para. 35 ; *R. c. Clayton* 2007 CSC 32, [2007] 2 RCS 725, aux paras 20 et 21.

reconnues, de telles limitations doivent être prévues par une règle de droit et être raisonnables ainsi que justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Nous avons déjà relevé que lorsque les forces de police ne trouvent de fondement pour agir dans aucune loi, ils peuvent tirer la légalité de mesures de restriction de leurs pouvoirs accessoires. Ce principe trouve son fondement dans la jurisprudence anglaise *Waterfield* de 1963¹³⁰² reconnue par les tribunaux canadiens¹³⁰³. Pour les juges anglais, il est difficile d'enserrer les termes généraux des fonctions des agents de police dans des limites ; à la place, il convient plutôt de se demander ce que l'agent a fait « et notamment si sa conduite constitue de prime abord une atteinte illégale à la liberté personnelle »¹³⁰⁴. Dans ses commentaires à l'occasion de cet arrêt, le tribunal anglais était donc d'avis qu'il était préférable d'examiner les faits propres à chaque espèce plutôt que d'essayer d'identifier et de délimiter préalablement le pouvoir général de police. Ainsi, en vertu de la jurisprudence *Waterfield*, pour savoir si un pouvoir de police est légal, le juge doit se demander si, compte tenu des circonstances de l'espèce, l'action policière est raisonnablement nécessaire pour accomplir ses obligations en cause.

Dans l'affaire *Figueiras* précitée, des émeutes qui s'étaient déroulées la veille des mesures de restriction à la liberté de manifestation ont convaincu la Cour supérieure de l'Ontario qu'il était raisonnable de croire que des actes similaires étaient imminents et que la police avait le devoir de se protéger contre leur commission. Dès lors, la Cour a ici estimé que le devoir de la police de prévention d'actes illégaux, comme ceux commis la veille, pouvait fonder la compétence des policiers de procéder à des fouilles afin de s'assurer que les manifestants n'étaient pas en possession d'armes. Précisément, pour les juges canadiens, ce pouvoir de fouille conditionnant l'accès à une manifestation était autorisé en vertu des pouvoirs accessoires de la police prévus dans la *common law* comme l'a reconnu la jurisprudence *Waterfield*.

¹³⁰² *R. c. Waterfield*, précit.

¹³⁰³ *R. c. Mann*, précit., au para. 26.

¹³⁰⁴ *R. c. Waterfield*, précit., aux p. 661 et 662.

Toutefois, la Cour d'appel a considéré dans cette affaire que la Cour de l'Ontario avait fait une mauvaise application du « test de *Waterfield* »¹³⁰⁵ et donc que les opérations policières en question n'étaient pas justifiées. Au moment de décider si la police détient un pouvoir juridiquement fondé, les juges ne sont pas obligés de recourir aux règles de la *common law* pour combler les lacunes du droit positif, particulièrement lorsque des droits et des intérêts aussi fondamentaux que la vie privée et l'autonomie personnelle sont en jeu¹³⁰⁶. Ainsi, le fait qu'il pourrait être utile à la police de détenir un certain pouvoir ne signifie pas qu'elle devrait effectivement l'avoir. Par ailleurs, bien que les pouvoirs de contrôler et fouiller les manifestants puissent trouver un fondement dans des pouvoirs accessoires reconnus à la police par la *common law*, ceux-ci, lorsqu'ils portent atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis, doivent être nécessaire. Or, en l'espèce, c'est au stade de la justification de la nécessité que les mesures de restriction de l'accès à la manifestation ont posé un problème de conformité constitutionnelle.

La Cour supérieure de l'Ontario avait estimé que conditionner l'accès à une manifestation à une fouille des manifestants était une atteinte aux libertés individuelles raisonnablement nécessaire pour que la police s'acquitte de son devoir de prévention d'actes illégaux commis la veille. Toutefois, ce devoir de prévention doit se limiter à des mesures non seulement justifiées par les circonstances particulières de l'espèce mais également qui entravent le moins possible les libertés individuelles¹³⁰⁷. En l'espèce, le juge de première instance a estimé qu'en ne contrôlant que les manifestants, la conduite des policiers n'avait rendu les interventions que peu intrusives de sorte qu'il s'agissait d'une atteinte minimale aux libertés individuelles. Toutefois, pour la Cour d'appel, la Cour supérieure n'avait pas suffisamment évalué si le pouvoir des forces de police exercé dans ce cas et l'ingérence qui en a résulté dans la liberté du requérant était nécessaire à l'accomplissement de leurs fonctions. Pour que l'exercice d'un

¹³⁰⁵ *Figueiras v. Toronto (Police services Board)*, précit., aux paras 83 à 139.

¹³⁰⁶ Voir : *Figueiras v. Toronto (Police services Board)*, *ibid.*, au para. 44.

¹³⁰⁷ *Brown c. Durham regional police forcé*, précit., au para. 67.

pouvoir de police soit nécessaire, celui-ci doit rationnellement être lié au risque qu'il vise à éviter et, plus précisément, être un moyen efficace de réduire effectivement la probabilité que ce risque se produise. Or, dans ce cas, le pouvoir invoqué n'était pas rationnellement lié à la protection contre une menace imminente d'une autre émeute. En effet, il n'était pas certain que la violence des jours précédents ait été déclenchée uniquement par des manifestants et non pas aussi par des personnes qui auraient pu s'infiltrer et se mélanger au groupe de manifestants. Par ailleurs, l'émeute dans le centre-ville de la veille n'avait pas impliqué l'utilisation d'armes pouvant être dissimulées dans un sac à dos. La Cour d'appel a donc estimé que de tels pouvoirs n'étaient pas efficaces pour prévenir le risque d'une répétition des troubles à la paix publique qui s'étaient produits la veille.

Par ailleurs, les contrôles restreignant l'accès à une manifestation doivent être mesurés afin d'éviter un degré d'ingérence trop important dans l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues. Ainsi, le juge doit établir un juste équilibre entre des intérêts qui s'opposent, à savoir le devoir de prévenir la commission d'infraction des agents de police et la liberté des personnes. Les éléments à évaluer à cette étape du contrôle sont l'importance des devoirs de police pour l'intérêt public, la nécessité de porter atteinte à la liberté pour accomplir ces devoirs et enfin le degré d'atteinte à la liberté¹³⁰⁸. Lorsqu'il évalue l'étendue de l'ingérence de la police, le juge doit tenir compte de l'impact cumulatif sur toutes les libertés en cause. Or, en l'espèce, le juge de première instance avait seulement procédé à un contrôle d'équilibre par rapport à l'article 9 de la *Charte canadienne*¹³⁰⁹ alors même que les pratiques policières de fouille et de contrôle aux abords des manifestations ont des impacts sur les libertés d'expression et de réunion pacifique constitutionnellement reconnues ainsi que sur la liberté de circulation sans entrave en vue de rejoindre une manifestation. En estimant

¹³⁰⁸ Comme il est résumé dans *Figueiras v. Toronto (Police services Board)*, précit., aux paras 85 et 86. Voir également : *R. c. Mac Donald*, 2014 CSC 3 [2014] 1 R.C.S. 37, aux paras 37 et 39 ; *Dedman c. La Reine*, précit., au para. 73 ; *R. c. Mann*, précit., au para. 26.

¹³⁰⁹ Article 9 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

« Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires ».

qu'en ne contrôlant que les manifestants, la conduite des policiers était raisonnablement nécessaire en ce qu'elle épargnait les non-manifestants, la Cour supérieure a omis de prendre en compte l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression qu'implique de telles restrictions de l'accès à une manifestation. Pourtant, en l'espèce, le requérant qui avait refusé de se soumettre au contrôle avait dû renoncer à son droit de manifester. Or, une telle restriction apportée à la liberté de manifestation ne constitue pas une limite raisonnable qui peut se justifier dans une société démocratique.

B. La systématisation des restrictions au libre accès des manifestations par les forces de police dans les exemples français et espagnol

1. Les restrictions au libre accès des manifestations par la loi organique 4/2015 relative à la protection de la sécurité citoyenne en droit espagnol

Le chapitre III portant sur les pouvoirs visant le maintien et le rétablissement de la sécurité des citoyens de la *ley organica 4/2015* du 30 mars 2015 encadre le pouvoir de contrôler l'identité des personnes exercé par les forces de sécurité. En effet, l'article 16 de la loi dispose que dans l'exercice de leur mission d'enquête et de prévention des infractions pénales et administratives, les forces de sécurité pourront contrôler l'identité des personnes en présence d'indices de participation à la commission d'une infraction ou lorsqu'il sera possible de considérer raisonnablement qu'il est nécessaire de contrôler l'identité des personnes pour prévenir la commission d'un délit. Ces pouvoirs sont assez similaires à ceux qui étaient prévus par l'article 20.1 de la *ley organica 1/1992* relative à la protection de la sécurité des citoyens.

Toutefois, l'article 16 de la nouvelle loi de 2015 précise davantage le contenu de ces compétences et les conditions de leur exercice en accord avec la jurisprudence constitutionnelle¹³¹⁰. Le Tribunal constitutionnel a opté pour une interprétation restrictive de la notion d'ordre public en contexte de manifestation qui fondera la

¹³¹⁰ Notamment, voir la STC 341/1993 du 18 décembre 1993 dans laquelle le Tribunal constitutionnel, saisi d'un recours en inconstitutionnalité, a déclaré la constitutionnalité de la *ley organica 1/1992*.

nouvelle loi de 2015. Ainsi, la compétence de contrôler l'identité des personnes sur la voie publique détenue par les forces de sécurité n'est plus caractérisée par une présomption de justification dans le cadre de l'exercice de leur mission de protection de la sécurité des citoyens comme cela était le cas sous l'empire de la *ley organica de 1992*. Elle doit désormais être justifiée soit par la présence d'indices clairs de participation à la commission d'une infraction¹³¹¹, soit par ce que l'on peut raisonnablement considérer qu'il est nécessaire de contrôler l'identité des personnes pour prévenir la commission d'un délit¹³¹².

De la même manière, l'article 17.2 de la loi organique de 2015 prévoit la possibilité de réaliser des fouilles sur les voies, lieux ou établissements publics afin de prévenir des délits particulièrement graves ou générateurs d'agitations sociales, avec la possibilité de confisquer des objets susceptibles de permettre la commission d'un délit¹³¹³, comme celui prévu à l'article 513-2 du *Code pénal espagnol* qui condamne les manifestations illicites « dans lesquelles les participants portent des armes, explosifs ou tout objets contondants ou autrement dangereux ». Ainsi, en vertu de l'article 17.2 de la *ley organica de 2015*, les forces de sécurité peuvent procéder à une restriction du libre accès à des manifestations afin de vérifier la présence ou non d'« armes, explosifs ou tout objets contondants ou autrement dangereux ». En outre, l'article 20.2 de la même loi permet la fouille corporelle lorsqu'il existe des raisons d'urgence et de nécessité, selon l'appréciation des forces de sécurité.

¹³¹¹ *Ley organica 4/2015*, précit., article 16. Identificación de personas :

« 1. En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, y los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos :

a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción ».

¹³¹² *Ibid.*, article 16. Identificación de personas :

« 1. En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, y los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos :

b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se consideres razonablemente necesario que acreditan su identidad para prevenir la comisión de un delito ».

¹³¹³ *Ibid.*, article 17. Restricción del tránsito y controles en las vías públicas :

« 2. Para la prevención de delitos de especial gravedad o generadores de alarma social, así como para el descubrimiento de públicos, siempre que resulte indispensable proceder a la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, siempre que resulte indispensable proceder a la identificación de personas que se encuentren en ellos, al registro de vehículos o al control superficial de efectos personales ».

Ces pouvoirs de contrôle et de fouille détenus par les forces de sécurité, susceptibles de restreindre le libre accès à une manifestation, trouvent leur fondement dans leurs missions d'enquête en vue de la répression des infractions pénales et/ou administratives ou de leur prévention. Dès lors, la restriction éventuelle du droit d'accéder librement à une manifestation qui peut résulter des contrôles et des fouilles préalables à l'exercice de la liberté de manifestation sera considérée comme minime et constitutionnelle à la condition que ces pratiques se fassent seulement dans le but de réprimer ou de prévenir des infractions pénales et/ou administratives. Ainsi, plus le législateur espagnol créera des infractions pénales et administratives en lien avec l'exercice de la liberté de manifestation, plus il sera aisé de justifier des contrôles d'identité et des fouilles restreignant le libre accès aux manifestations. Effectivement, *la ley organica 1/2015* qui a réformé le *Code pénal* ainsi que la *ley organica 4/2015* relative à la protection et à la sécurité des citoyens ont créé de nombreuses infractions pénales et administratives visant directement le droit de manifester. Par exemple, est désormais puni le fait de filmer ou de photographier sans autorisation les forces de sécurité dans l'exercice de leurs fonctions ¹³¹⁴. Au-delà des problèmes de constitutionnalité que soulève un tel régime d'autorisation préalable en matière de libertés d'expression et d'information, en principe explicitement exclu par l'article 20 de la *Constitution espagnole*, les pouvoirs conférés aux forces de sécurité doivent toujours être motivés et ne jamais être arbitraires. En effet, la *ley organica*, conditionne la légalité des pouvoirs conférés aux forces de sécurité à la nécessité, la proportionnalité ainsi qu'au caractère raisonnable des mesures prises¹³¹⁵.

¹³¹⁴ Ibid., article 36 :

« Son infracciones graves :

23. El uso no autorizado de imagenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información ».

¹³¹⁵ *Ley organica 4/2015*, précit. :

Article 4 : *Principios rectores de la acción de los poderes públicos en relación con la seguridad ciudadana*

« 1. El ejercicio de las potestades y facultades reconocidas por esta ley a las administraciones públicas y, específicamente, a las autoridades y demás órganos competentes en materia de seguridad ciudadana y a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad y a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad des

Ainsi, les mesures de contrôle d'identité et les fouilles limitant l'accès à une manifestation doivent être proportionnées aux fins poursuivies, de sorte à garantir une pondération entre le bien juridique protégé, la sécurité des citoyens, et le libre accès à une manifestation. Au-delà des dispositions de la *ley organica de 2015*, la jurisprudence ainsi que la doctrine constitutionnelles font en principe obstacle aux mesures restrictives des droits et libertés consacrés qui n'ont pas de nécessité et qui sont sans motif spécifique. De cette façon, la *ley organica* ne peut fonder des fouilles et des contrôles systématiques aux abords des manifestations sous le prétexte d'un risque généralisé de commission d'un délit ou d'une infraction administrative par tous les manifestants. En effet, en l'absence de motifs concrets et spécifiques à la situation, les pouvoirs conférés aux forces de sécurité par le droit espagnol ne seront fondés ni par la nécessité ni par la proportionnalité, deux éléments qui conditionnent leur légalité.

En réalité, la *ley organica de 2015*, loin de faire obstacle à une systématisation des contrôles et des fouilles aux abords des manifestations, donne un large fondement juridique au pouvoir de restriction du libre accès à une manifestation. En effet, puisque la décision de procéder à de telles limitations demeure entre les mains des forces de sécurité, sans contrôle préalable, l'absence de nécessité ou de proportionnalité des mesures restreignant l'accès à une manifestation ne pourra éventuellement être sanctionnée par le juge que bien après que la restriction injustifiée à la liberté de manifestation a eu lieu.

regira por los principios de legalidad, igualdad de trato y no discriminación, oportunidad, proporcionalidad, eficacia y responsabilidad, y se sometera al control administrativo y jurisdiccional ».

Article 16 : *Identificación de personas*

« 1. En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad podrán requerir la identificación de las personas (...) »

En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación (...) »

Article 20 : *Registros corporales externos*

« 1. Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las fuerzas y cuerpos de seguridad. »

4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad ».

2. La systématisation des restrictions au libre accès des manifestations par la *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations* du 10 avril 2019 en droit français

L'article 2 de la loi du 10 avril 2019 *visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations* a ajouté dans le *Code de procédure pénale*, à l'article 78-2-5, la possibilité pour des officiers et sous leur responsabilité à des agents de police judiciaire de procéder, sous certaines conditions, sur les lieux d'une manifestation et à ses abords immédiats, à une inspection visuelle et à la fouille de bagages ainsi qu'à la visite de véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public¹³¹⁶. Pour le Conseil constitutionnel, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions constituent des objectifs de valeur constitutionnelle avec lesquels le législateur doit concilier l'exercice des libertés publiques. Dans sa décision du 18 janvier 1995, le Conseil constitutionnel a effectivement considéré que « les opérations de fouilles de véhicules afin d'y découvrir et de saisir des armes au sens (...) du Code pénal » poursuivent l'objectif de recherche des auteurs d'infractions¹³¹⁷.

Plus récemment, dans sa décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, le juge constitutionnel français a réaffirmé que :

« les opérations visuelles et de fouilles de bagages ainsi que de visite de véhicules ne peuvent être réalisées que pour la recherche et la poursuite de l'infraction, prévue à l'article 431-10 du *Code pénal* de participation à une manifestation ou à une réunion publique en étant porteur d'une arme. Elles poursuivent donc un objectif de recherche des auteurs d'une infraction de nature à troubler gravement le déroulement d'une manifestation »¹³¹⁸.

¹³¹⁶ Article 78-2-5 du *Code de procédure pénale* :

« Aux fins de recherche et de poursuite de l'infraction prévue à l'article 431-10 du code pénal, les officiers de police judiciaire mentionnés aux 2° à 4° de l'article 16 du présent code et, sous la responsabilité de ces derniers, les agents mentionnés à l'article 20 et aux 1°, 1° bis et 1° ter de l'article 21 peuvent, sur réquisitions écrites du procureur de la République, procéder sur les lieux d'une manifestation sur la voie publique et à ses abords immédiats à :

1° L'inspection visuelle des bagages des personnes et leur fouille, dans les conditions prévues au III de l'article 78-2-2 ;

2° La visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public, dans les conditions prévues au II du même article 78-2-2.

Le fait que les opérations prévues aux 1° et 2° du présent article révèlent d'autres infractions ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes ».

¹³¹⁷ Cons. const., n° 94-352 DC, précit., au considérant 3.

¹³¹⁸ Cons. const., n° 2019-780 DC, 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, au considérant 13.

À cet égard, il importe de rappeler que l'article 431-1 du *Code pénal* sanctionne le fait d'entraver l'exercice de la liberté de réunion ou de manifestation¹³¹⁹.

Par ailleurs, en vertu de la jurisprudence constitutionnelle¹³²⁰, le législateur est tenu implicitement par l'article 34 de la *Constitution* de concilier l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infraction avec les libertés publiques. Or, le Conseil constitutionnel a considéré qu'aussi bien les opérations d'inspection et de fouille de bagages que les visites de véhicules prévues par l'article 2 de la loi du 10 avril 2019 précitée n'ont pas pour effet de restreindre l'accès à une manifestation ni d'en empêcher le déroulement¹³²¹. Ainsi, selon le Conseil constitutionnel, en permettant de telles opérations de fouilles aux abords des manifestations, le législateur a procédé à une conciliation qui n'est pas déséquilibrée en ce que ces opérations ne portent pas une atteinte excessive et disproportionnée aux libertés d'aller et venir, de réunion et d'expression collective des idées et des opinions¹³²². À l'appui de cette décision de conformité constitutionnelle, le juge constitutionnel a notamment relevé que « ces opérations sont autorisées par une réquisition écrite du procureur de la République »¹³²³. Dès 1977, dans sa décision relative à *la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*¹³²⁴, le Conseil constitutionnel précisait qu'il incombait au législateur de placer sous le

¹³¹⁹ Article 431-1 du *Code pénal* :

« Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations au sens du présent code, l'exercice d'une des libertés visées à l'alinéa précédent est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

¹³²⁰ Cons. const., n° 82-141 DC, précit., au considérant 4. Après avoir rappelé les termes de l'article 34, le Conseil constitutionnel a considéré dans cette décision : « qu'ainsi, il appartient au législateur de concilier l'exercice de la liberté de communication (...) avec les objectifs de valeur constitutionnelle [qu'est] la sauvegarde de l'ordre public (...) ». Ce considérant de principe est repris, dans des termes quasiment similaires, dans ses décisions ultérieures.

¹³²¹ Cons. const., n° 2019-780 DC, précit., au considérant 15.

¹³²² Ibid., au considérant 16.

¹³²³ Ibid., au considérant 14 :

« D'autre part, les dispositions contestées prévoient que ces opérations se déroulent sur les lieux d'une manifestation et à ses abords immédiats et qu'elles sont autorisées par une réquisition écrite du procureur de la République. Il en résulte que ces opérations sont placées sous le contrôle d'un magistrat de l'ordre judiciaire ».

¹³²⁴ Cons. const., n° 76-75 DC, 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*.

contrôle de l'autorité judiciaire toute mesure affectant la liberté individuelle¹³²⁵. Ainsi, dans sa décision *Vidéosurveillance* de 1995, il a estimé que les fouilles de véhicules aux abords de manifestations, susceptibles de restreindre leur accès, « [mettaient] en cause la liberté individuelle » et à ce titre impliquaient que « l'autorisation d'y procéder [devait] être donné par l'autorité judiciaire ; gardienne de cette liberté en vertu de l'article 66 de la Constitution »¹³²⁶.

S'il est possible de déduire de la jurisprudence constitutionnelle le principe selon lequel les opérations de fouilles aux abords des manifestations doivent être préalablement autorisées par l'autorité judiciaire¹³²⁷, au fil du temps cette garantie s'est cependant affaiblie¹³²⁸. En effet, en 1992, le Conseil constitutionnel indiquait que pouvaient être prévues des modalités différentes d'intervention du juge judiciaire « selon la nature et la portée de la mesure affectant la liberté individuelle »¹³²⁹. Or, l'intervention de l'autorité judiciaire à travers la réquisition du procureur de la République semble être une bien faible garantie dès lors que « son indépendance et son impartialité sont sujettes à caution »¹³³⁰. En effet, le procureur de la République agit sous la direction du parquet directement en lien avec le Gouvernement¹³³¹. Dès lors, sa réquisition apparaît davantage être un laisser-passer pour l'exécutif, lui permettant de restreindre l'accès aux manifestations en multipliant les contrôles et les fouilles

¹³²⁵ Louis Favoreu, Loïc Philip et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1988, aux p. 356-365.

¹³²⁶ Cons. const., n° 94-352 DC, précit., au considérant 19.

¹³²⁷ Ibid. Voir : Louis Favoreu, « Note sous décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, précit., p. 367 ; François Luchaire, « La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel » (1995) 3 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 575, p. 588.

¹³²⁸ Pauline Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, DL 2014, à la p. 326.

¹³²⁹ Voir : Cons. const., n° 92-307 DC, 25 février 1992, au considérant 3 ; Cons. const., n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, au considérant 14.

¹³³⁰ Jean François Renucci, « Le procureur de la République est-il un "magistrat" au sens européen du terme ? », dans *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, vol. II, 2004, aux p. 1345-1350. Voir également : Marc Robert, « L'autorité judiciaire, la constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme » (2011) 32 *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 29-43.

¹³³¹ Marc Robert, « L'autorité judiciaire, la Constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme », *ibid.*

répondant ainsi davantage à une volonté d'endiguer un mouvement social qu'à une finalité de protection effective de la liberté fondamentale de manifester. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a pu préciser que ces opérations « ne peuvent viser que des lieux déterminés et des périodes de temps limitées »¹³³². Ainsi, en présumant la constitutionnalité de la réquisition du procureur de la République dès lors qu'elle indique le lieu et la durée des opérations en fonction de ceux de la manifestation, le nouvel article 78-2-5 du *Code de procédure pénale* reconnaît ni plus ni moins la constitutionnalité de la systématisation des opérations de fouille aux abords des manifestations.

Par ailleurs, en vertu de l'article 78-2-2 du *Code de procédure pénale*, les opérations de fouille et d'inspection de bagages peuvent être combinées à des opérations de contrôle d'identité. Dans sa décision du 12 janvier 1977, le Conseil constitutionnel confirmait et précisait déjà que tout dispositif policier de sécurité intérieure devait nécessairement viser la prévention des atteintes à l'ordre public ou la recherche des auteurs d'infractions¹³³³. Or l'obligation de se soumettre aux contrôles d'identité prévue à l'article 78-1 du *Code de procédure pénale*¹³³⁴ peut aussi bien poursuivre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions que celui de prévention des atteintes à l'ordre public. L'article 78-2 alinéa 8 du *Code de procédure pénale* prévoit, en effet, la possibilité de contrôler l'identité des personnes en vue de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens. Bien que la jurisprudence exige qu'un tel contrôle soit justifié dans un procès-verbal faisant référence aux circonstances concrètes qui ont caractérisé un risque d'atteintes à l'ordre public¹³³⁵, les termes de

¹³³² Cons. const., n° 2019-780 DC, précit., au considérant 14 :

« D'autre part, les dispositions contestées prévoient que ces opérations se déroulent sur les lieux d'une manifestation et à ses abords immédiats et qu'elles sont autorisées par une réquisition écrite du procureur de la République. Il en résulte que ces opérations sont placées sous le contrôle d'un magistrat de l'ordre judiciaire ».

¹³³³ Cons. const., n° 76-75 DC, 12 janvier 1977, précit., au considérant 4.

¹³³⁴ Article 78-1 du *Code de procédure pénale* :

« Toute personne se trouvant sur le territoire national doit accepter de se prêter à un contrôle d'identité effectué dans les conditions et par les autorités de police ».

¹³³⁵ Article 78-2 alinéa 8 du *Code de procédure pénale* :

L'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens

l'article précisant que « toute personne quel que soit son comportement » peut être soumis à un contrôle d'identité en vue de prévenir les atteintes à l'ordre public nuancent cette exigence et contrastent avec le droit canadien.

Les mesures de contrôle d'identité peuvent, par ailleurs, poursuivre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions pénales tant elles sont nombreuses en contexte de manifestation. Tout d'abord, les mesures de contrôle d'identité aux abords de manifestations pourront se justifier sous couvert de rechercher les personnes violant les obligations ou interdictions de manifester dans le cadre d'un contrôle judiciaire. D'autre part, ces mesures pourront se justifier en vue de réprimer la participation à un attroupement conformément à l'article 431-4 du *Code pénal* dès lors que toute manifestation est susceptible de se transformer en attroupement¹³³⁶. De cette façon, l'élargissement de la pénalisation des comportements manifestants permet la légalisation de la systématisation des contrôles d'identité aux abords des manifestations.

¹³³⁶ Article 431-3 du *Code pénal* :

« Constitue un attroupement tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public ».

CHAPITRE 8

LES PRIVATIONS DE LIBERTÉ À L'ENCONTRE DES MANIFESTANTS

L'une des principales limites que rencontrent les manifestants dans l'exercice de leur liberté de manifestation réside dans les privations de liberté auxquelles ils peuvent être soumis. La diversité et l'étendue des motifs justifiant les mesures de privation de liberté en contexte de manifestation s'expliquent notamment par l'existence d'infractions de groupe dont la reconnaissance de leur commission ne requiert ni la faute ni l'intention personnelle. Un comportement pacifique ne permet pas non plus aux manifestants de demeurer à l'abri de mesures de privation de liberté. En effet, la simple présence, même si elle est pacifique, à une manifestation peut facilement les exposer à des risques de privation de liberté plus ou moins importants.

Le pouvoir de détention qui découle de ces nombreuses infractions encadrant l'exercice de la liberté de manifestation n'en est que plus élargi. Pour autant, bien que le pouvoir d'arrestation préventive puisse tout à fait trouver application à l'égard d'une manifestation du fait des risques de troubles à l'ordre public et de commissions d'infractions que celle-ci peut engendrer, les juges canadiens ont rejeté explicitement tout pouvoir d'arrestation préventif généralisé en vue de maintenir la paix publique dans le cadre d'une manifestation qui annihilerait toute possibilité de manifester librement. Cette situation contraste avec les droits français et espagnol qui admettent des techniques de maintien de l'ordre similaires à des mesures de privation de liberté en vue de contenir les foules de manifestants (Sous-chapitre 1).

Aux mesures de privation de liberté qui découlent tantôt des nombreuses infractions en lien avec l'exercice du droit de manifester tantôt des techniques de

maintien de l'ordre mises en œuvre dans le cadre d'une manifestation, s'ajoutent effectivement les pratiques policières de gestion de foule. En principe, le traitement policier des manifestations est assorti de garanties juridictionnelles qui ne sont en réalité qu'illusoire. En effet, face à une volonté législative de criminaliser la manifestation, particulièrement en période de contestation sociale mettant à mal le pouvoir établi, les contrôles juridictionnels ressemblent davantage à des processus de validation de politiques sécuritaires de circonstance qu'à une véritable protection des droits et libertés. Ce risque d'absence de garantie effective de la liberté de manifestation est particulièrement important dans le cas français tant l'autorité judiciaire apparaît être sous la tutelle gouvernementale, spécialement en matière de gestion de conflit social. En outre, bien que les pratiques policières soient soumises au respect des principes de nécessité et de proportionnalité, une telle délimitation n'est assortie que de très faibles garanties. En effet, l'utilisation d'armes létales de manière indifférenciée à l'encontre des manifestants, autant violents que pacifiques, ou encore sur de simples passants révèle que les forces de police ne respectent pas toujours ces principes. À ceci s'ajoute l'absence de contrôle indépendant des pratiques policières pourtant essentiel à l'effectivité de toutes garanties juridictionnelles (Sous-chapitre 2).

Sous-chapitre 1. La diversité des mesures de privation de liberté dans le cadre d'une manifestation

La manifestation, en tant que rassemblement, fait l'objet d'infractions de groupe pour lesquelles la faute collective prend le pas sur la faute individuelle. Dans ce cas, sa seule présence à une manifestation peut suffire à engager la responsabilité pénale d'un manifestant et à justifier de lui infliger une mesure privative de liberté. Dans le modèle juridique français, le législateur va loin en sanctionnant l'intention de groupe de sorte que la simple présence dans un groupe susceptible de commettre des violences est réprimée. De cette façon, il est de la responsabilité de chaque manifestant de s'assurer que non seulement la manifestation à laquelle il participe ne s'est pas transformée en attroupement délictueux, mais également que le groupe qui la compose

n'a pas l'intention de commettre des violences. Par ailleurs, le caractère pacifique de leur comportement ne met pas à l'abri les manifestants d'une détention dès lors que la désobéissance, même pacifique, peut constituer une infraction (Section 1).

Ainsi, l'exercice de la liberté de manifestation expose amplement les manifestants à des risques de détention plus ou moins longue. Or, à l'instar du choix du lieu et de son degré de perturbation, le nombre de manifestants participe à l'impact communicatif d'une manifestation, de sorte que le pouvoir de détenir des individus pendant le temps durant lequel elle se déroule revient, ni plus ni moins, à réduire le nombre de participants et donc sa force expressive. Par conséquent, le pouvoir de détention de manifestants doit être rigoureusement encadré afin qu'il ne soit pas détourné à des fins d'ingérence excessive des pouvoirs publics dans l'exercice de la liberté de manifestation. Or, on observe effectivement une utilisation détournée des pouvoirs d'arrestation et de détention en tant qu'outil de gestion de maintien de l'ordre qui peut avoir pour effet de porter atteinte aux libertés individuelles, en particulier celle de manifester (Section 2).

Section 1. La variété des motifs de privation de liberté au cours d'une manifestation

Des doutes subsistent quant à la compatibilité des infractions - telles que le délit d'attroupement que l'on retrouve en droit canadien et en droit français ou encore le délit de sédition prévu par le droit espagnol - avec le principe de la responsabilité pénale individuelle du droit criminel. De telles infractions revêtent en effet un caractère collectif impliquant un risque de responsabilité du fait d'autrui. Elles accordent peu de poids à la faute individuelle en sanctionnant la simple présence d'un individu dans un groupe au comportement répréhensible, privilégiant ainsi la reconnaissance d'une faute collective qui échappe à la volonté individuelle de chacun. Dès lors, un manifestant peut engager sa responsabilité pénale malgré un comportement pacifique du seul fait de sa présence dans un groupement délictueux. Ainsi, la responsabilité pénale d'un individu dépend de la bonne conduite d'un groupe sur lequel il n'a en réalité que très

peu, voire aucun, contrôle. (A)

Au-delà des infractions de nature collective, les manifestants peuvent être arrêtés s'ils exercent des violences à l'encontre des autorités qui encadrent la manifestation. Toutefois, on retrouve des degrés distincts de violence sanctionnée, allant de l'opposition violente au délit d'outrage en passant par le délit d'entrave qui englobe la désobéissance pacifique à un ordre de dispersion. Or, on peut se demander dans quelle mesure une reconnaissance de délits de violence à l'encontre des autorités publiques trop étendue est compatible avec l'existence d'un droit de manifester qui implique en soi un certain degré de protestation sans lequel ce dernier serait dénaturé (B).

A. La question de la conformité constitutionnelle des motifs collectifs de privation de liberté

1. Les arrestations de masse du fait de la participation à un groupe troublant la paix publique en droit canadien

En droit canadien, l'infraction de participation à un attroupement illégal¹³³⁷ est l'un des motifs principaux d'arrestation de manifestants. En vertu de l'article 63 du *Code criminel*¹³³⁸, une manifestation pacifique devient un attroupement illégal lorsque les participants se conduisent d'une façon qui fait craindre, pour des motifs raisonnables, que la paix soit tumultueusement troublée ou que, par leur comportement,

¹³³⁷ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, article 66 :

« (1) est coupable d'une infraction punissable de déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque participe à un attroupement illégal.

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) en portant un masque ou autre déguisement dans le but de dissimuler son identité sans excuse légitime est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans ;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ».

¹³³⁸ *Code criminel*, article 63 :

« Un attroupement illégal est la réunion de trois individus ou plus qui, dans l'intention d'atteindre un but commun, s'assemblent, ou une fois réunis se conduisent, de manière à faire craindre, pour des motifs raisonnables, à des personnes se trouvant dans le voisinage de l'attroupement :

a) soit qu'ils troublent la paix tumultueusement ;

b) soit que, par cet attroupement, ils ne provoquent inutilement et sans cause raisonnable d'autres personnes à troubler tumultueusement la paix.

Une assemblée légitime peut devenir un attroupement illégal lorsque les personnes qui la composent se conduisent, pour un but commun, d'une façon qui aurait fait de cette assemblée un attroupement illégal si elles s'étaient réunies de cette manière pour le même but ».

ils ne provoquent d'autres personnes à troubler la paix tumultueusement. Bien que le libellé de l'infraction d'attroupement illégal fasse référence à la crainte « de personnes se trouvant dans le voisinage de l'attroupement », afin de d'assurer la constitutionnalité de l'infraction de l'attroupement illégal, les tribunaux ont procédé à une interprétation « atténuée », voire une réécriture, de l'article 63 précité en écartant la possibilité de constater un attroupement illégal du seul fait de la crainte du voisinage et en exigeant que les participants à un attroupement illégal aient « eu connaissance d'un fait donnant lieu de craindre que la paix ne fut troublée tumultueusement »¹³³⁹. Malgré une interprétation en faveur de l'existence d'une *mens rea* objective censée garantir la validité de l'infraction d'attroupement illégal au sein du système constitutionnel canadien, des doutes subsistent toutefois quant à sa compatibilité avec le principe de responsabilité pénale individuelle caractéristique du droit criminel¹³⁴⁰. En effet, une telle infraction d'attroupement illégal revêt un caractère collectif impliquant un risque de responsabilité du fait d'autrui.

C'est pourquoi, dans l'arrêt *Lecompte*¹³⁴¹, les juges ont posé le principe selon lequel pour engager la responsabilité pénale d'une personne en matière d'attroupement illégal, il est nécessaire qu'elle ait eu connaissance personnellement des faits qui permettent de considérer que la paix est troublée tumultueusement. Ainsi, un manifestant qui n'est pas informé d'un trouble à la paix publique au cours d'une manifestation échappe en principe à l'accusation d'attroupement illégal¹³⁴². Toutefois, dans le cas où celui-ci est informé de ce trouble, sa responsabilité pénale sera engagée alors même qu'il n'a commis aucun acte sinon celui d'avoir participé à une manifestation qui s'est muée en attroupement illégal. Or, le fait qu'une personne se réunisse avec d'autres individus pour exercer son droit fondamental de manifester ne permet en rien d'établir un lien avec des comportements d'autres personnes de nature

¹³³⁹ *R. c. Lecompte* [2000] 149 CCC (3d) 185 (CA QC), au para. 14.

¹³⁴⁰ A.T.H. Smith, *The Offences Against Public Order*, Londres, Sweet & Maxwell, 1987, à la p. 1.

¹³⁴¹ *R. c. Lecompte*, 2000 QCCA 8782 au para 14.

¹³⁴² Il convient toutefois de préciser que si la personne est susceptible d'échapper à l'accusation, elle n'échappera probablement pas à l'arrestation collective.

à faire craindre que la paix soit troublée tumultueusement. Dans pareille hypothèse, la simple présence de manifestants non-violents au sein d'un attroupement illégal suffit donc à engager leur responsabilité pénale en raison du comportement violent de tierces personnes¹³⁴³. Ainsi, toute participation à une manifestation devient vulnérable aux agissements de tiers mal intentionnés qui ont la capacité de faire basculer une manifestation initialement pacifique dans le champ de l'illégalité¹³⁴⁴.

Néanmoins, en droit pénal, la culpabilité ne saurait en principe découler d'un seul acte ; elle nécessite l'existence d'un état d'esprit blâmable. Autrement dit, il n'y a pas de responsabilité pénale sans responsabilité morale¹³⁴⁵. Or, la commission de l'infraction d'attroupement illégal n'exige pas, pour être constatée, que l'acte répréhensible de trouble à la paix découle des agissements des personnes réunies accusées, ni une intention de la part de ceux-ci¹³⁴⁶. En matière d'infraction d'attroupement illégal, on ne s'attardera donc ni sur les actes d'un individu, ni sur sa volonté de commettre un délit mais on l'attribuera au rassemblement en tant qu'entité collective¹³⁴⁷. Ainsi, on observe un effacement du sujet individuel au profit du groupe¹³⁴⁸ ; une configuration qui n'est pas sans soulever de sérieuses interrogations quant à la prétention du droit pénal de rendre justice aux individus¹³⁴⁹.

Outre l'infraction de participation à un attroupement illégal prévue par le *Code criminel* canadien, les infractions réglementaires réprimant les troubles à l'ordre public

¹³⁴³ Voir : André Jodouin, « La liberté de manifester » (1970) 1:1 RGD 20-21 ; Yves de Montigny, « La désobéissance civile en contexte canadien et contemporain » (1982) 13:2 RGD 420.

¹³⁴⁴ Michael Head, *Crimes Against the State: from Treason to Terrorism*, Farnham (Surrey, R-U), Ashgate, 2011, à la p. 236 :

“Thus, perversely, a lawful gathering or protest can become unlawful as a result of the actions of others who oppose the gathering, even if those opposing actions are “improper”. This proviso opens the door for political opponents, or provocateurs, to transform an otherwise peaceful demonstration or meeting into an unlawful assembly”.

¹³⁴⁵ Jacques Fortin, Louise Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Éditions Thémis, 1982 à la p.71.

¹³⁴⁶ Yves de Montigny, « La désobéissance civile en contexte canadien et contemporain », op. cit., à la p. 424.

¹³⁴⁷ Patrick Forget, *Sur la manifestation. Le droit et l'action collective*, Montréal, Liber, 2005, aux p. 132-133

¹³⁴⁸ Ibid., à la p. 147.

¹³⁴⁹ Alan Norrie, *Crime, Reason and History: A Critical Introduction to Criminal Law*, 3^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Law in Context », 2014, aux p. 13 à 15.

peuvent également constituer des fondements à des arrestations de masse de manifestants. En effet, certains règlements municipaux érigent en infraction le fait de participer à des attroupements sur le domaine public¹³⁵⁰. De plus, les infractions réglementaires ne sont pas assujetties à l'exigence de la présence d'une *mens rea* subjective, c'est-à-dire à la preuve d'un état d'esprit blâmable chez la personne accusée¹³⁵¹ ; elles ne requièrent que l'existence d'un élément matériel¹³⁵². Or, pour les tribunaux, pareille infraction de participation à un rassemblement troublant l'ordre public comporte non seulement un acte coupable, qui est la simple participation à un attroupement, mais également un élément de faute, à savoir la négligence de se dissocier d'un tel rassemblement. La preuve de cette négligence doit reposer sur la démonstration que les manifestants accusés avaient connaissance du caractère tumultueux d'une manifestation et que malgré tout ils ont délibérément choisi de rester sur les lieux.

Ainsi, comme en matière d'infraction d'attroupement illégal consacrée par le *Code criminel*, en vertu des règlements municipaux, il n'est pas requis que les manifestants aient commis un acte en particulier pour être présumés coupables de participer à un rassemblement qui met en danger la paix publique. Même si certains pourront, après coup et devant un juge, prouver qu'ils n'avaient pas été informés que la manifestation s'était transformée en attroupement mettant en danger la paix publique, il n'en demeure pas moins que tous les manifestants présents sur les lieux sont susceptibles d'être arrêtés pour le même motif, c'est-à-dire la participation à un

¹³⁵⁰ À titre d'exemple : *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics et sur l'utilisation du domaine public* R.R.V.M c. P-6, article 3 :

« Il est interdit à quiconque participe ou est présent à une assemblée, un défilé, ou un attroupement sur le domaine public, de molester ou bousculer les citoyens qui utilisent également le domaine public à cette occasion, ou de gêner le mouvement, la marche ou la présence de ces citoyens ».

¹³⁵¹ Voir : *R. c. Pierce Fisheries Ltd* [1971] RCS 5, aux p. 13-15; *Sault Sainte Marie* [1978] 2 RCS 1299, à la p. 1326. Voir aussi : Hugues Parent, *Traité de droit criminel*, Tome 2 : « La culpabilité », 3^e éd., Montréal, Thémis, 2008, à la p. 502.

¹³⁵² *Sault Sainte Marie*, précit., à la p. 1302; Hugues Parent, *Traité de droit criminel*, Tome 2 : « La culpabilité », op. cit., aux p. 465-470.

rassemblement mettant en danger la paix publique, que leur comportement ait été ou non pacifique.

2. Le délit de participation à un rassemblement susceptible de troubler l'ordre public en droit français

On retrouve une problématique similaire avec le délit de participation à un attroupement illégal sanctionné par l'article 431-4 du *Code pénal français*¹³⁵³. À l'instar du *Code criminel canadien*, ce dernier sanctionne en effet la participation à une manifestation dès lors que celle-ci devient un attroupement. Précisément, en vertu de l'article 431-3 de ce code, « constitue un attroupement, tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public ». Or, toute manifestation porte en elle le risque de se muer en attroupement indépendamment de la volonté des participants. Ainsi, la manifestation à laquelle il participe étant susceptible à tout moment de troubler l'ordre public, tout manifestant prend le risque de voir engager sa responsabilité pénale pour délit d'attroupement. L'infraction de participation à un attroupement illégal apparaît donc comme une véritable épée de Damoclès au-dessus de la tête de chaque manifestant qui peut transformer l'exercice d'un droit fondamental de manifester en la commission d'un délit pénalement sanctionné sans même que la personne n'ait eu besoin de faire quoique ce soit sinon seulement de se trouver dans la « mauvaise » manifestation au « mauvais » moment.

Comme dans le cas canadien, l'infraction de participation à un attroupement accorde peu d'importance à la faute individuelle et privilégie la faute d'un groupe, de sorte que « c'est l'attroupement qui est l'auteur de l'infraction et non chacune des personnes qui le composent »¹³⁵⁴. En effet, ce n'est pas une conduite individuelle qui est visée par le délit d'attroupement mais la nature délictueuse d'un groupe qui échappe

¹³⁵³ Article 431-4 du *Code pénal* :

« Le fait, pour celui qui n'est pas porteur d'une arme, de continuer volontairement à participer à un attroupement après les sommations est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

¹³⁵⁴ Patrick Forget, op. cit., à la p. 147.

à la volonté individuelle de chacun. Ainsi, la responsabilité pénale de chaque manifestant se retrouve entre les mains de la bonne conduite d'une entité collective sur laquelle il n'a de fait aucun contrôle.

Le *Code pénal français* prévoit néanmoins, comme on a déjà pu le noter, un système « protecteur » de sommations dont la première permet de signaler aux participants d'une manifestation un ordre de dispersion indiquant le début de la constitution du délit d'attroupement. Ainsi, à partir de la deuxième sommation, les manifestants exerçant leur droit fondamental de manifester sont susceptibles d'engager leur responsabilité pénale au titre de l'article 431-4 du *Code pénal*. Dès lors, la simple présence sur les lieux d'une manifestation devenue attroupement, après les sommations de se disperser, est constitutive d'un délit justifiant que les manifestants puissent être collectivement arrêtés.

La constitutionnalité de ce délit de participation sans arme à un attroupement après sommation de se disperser prévu à l'article 431-4 du *Code pénal* a cependant été soulevée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise à la Cour de cassation par un jugement du Tribunal correctionnel de Paris. Celle-ci, à l'occasion d'un arrêt du 25 février 2014¹³⁵⁵, a néanmoins considéré qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel. En effet, pour la Cour de cassation :

« [l'incrimination] de la méconnaissance d'une injonction de dispersion d'un attroupement adressée par les représentants de la force publique, dans l'exercice de leurs pouvoirs de police administrative, dont l'objet est de concilier la prévention des atteintes à l'ordre public est nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, dont la liberté individuelle et la liberté de manifester »¹³⁵⁶.

Pourtant, l'incrimination de participation à un attroupement peut conduire à juger une personne pour des actes qu'elle n'a pas commis et repose sur sa seule présence à un attroupement qui initialement était une manifestation constitutionnellement

¹³⁵⁵ Cass. crim., 25 février 2014, n° 13-90.039 ; Recueil Dalloz 2014, à la p. 608.

¹³⁵⁶ Ibid.

protégée. Dès lors, une telle incrimination se heurte au principe de responsabilité du fait personnel en matière pénale garanti par l'article 121-1 du *Code pénal*¹³⁵⁷. C'est d'ailleurs en vertu de ce principe que la *loi tendant à réprimer certaines formes nouvelles de délinquance*¹³⁵⁸ prise au lendemain des manifestations de mai 68, qui avaient été qualifiée de « loi anti-casseurs », a été abrogée en 1982. Cette loi prévoyait effectivement une série d'incriminations permettant de poursuivre toute personne, même non armée, qui n'abandonnait pas un attroupement après la première sommation. Néanmoins, l'esprit de cette loi « anti-casseurs » a resurgi dans une loi votée en 2010 qui permet l'arrestation d'une personne simplement suspectée d'appartenir à un groupement susceptible de préparer des actes de violence¹³⁵⁹.

Précisément, depuis la *loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*¹³⁶⁰, l'article 222-14-2 du *Code pénal français* dispose :

« Le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels de violences volontaires contre les personnes ou de destruction ou dégradation de bien est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ».

Cette infraction incrimine l'appartenance à un groupement aux intentions violentes. L'article 222-14-2 du *Code pénal* vise les actes préparatoires faisant ainsi du projet de commettre des violences une infraction qui peut donc être constatée sans même qu'il y ait eu de commission effective d'actes de violence dont la gravité ne peut qu'être supposée. Ici, au-delà du caractère préventif de cette sanction, se pose la question de l'institution d'une responsabilité pénale collective. À l'instar du délit

¹³⁵⁷ Article 121-1 du *Code pénal* :

« Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

Voir également : Cons. const., n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, au considérant 7.

¹³⁵⁸ Loi n° 70-480 du 8 juin 1970 *tendant à réprimer certaines formes nouvelles de délinquance*.

¹³⁵⁹ Vincent Nioré, « D'une loi anti-casseurs défunte à une loi anti-bandes conforme à la Constitution : la résurrection... » (1^{er} avril 2010) *Gazette du Palais* 8.

¹³⁶⁰ Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 *renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*.

d'attroupement de l'article 431-3 du *Code pénal*, l'élément matériel d'une telle infraction ne réside pas dans la commission de violences volontaires à l'égard de personnes ou de dégradations de biens mais dans la seule participation à un groupement qui a l'intention de commettre des violences.

Dans sa décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, le Conseil constitutionnel a toutefois validé ce délit en considérant que :

« la disposition critiquée n'instaure pas de responsabilité pénale pour des faits commis par un tiers ; qu'elle n'est pas contraire au principe selon lequel il n'y a ni crime, ni délit sans intention de le commettre, qu'elle ne crée ni présomption de culpabilité, ni inversion de la charge de la preuve qu'en conséquence, elle ne porte pas atteinte ni à la présomption d'innocence, ni aux droits de la défense ».

Concernant la possible atteinte au principe de responsabilité du fait personnel, le Conseil constitutionnel rappelle que la disposition prévoyant l'incrimination contient le mot « sciemment » qui implique donc la démonstration de l'intention d'une personne poursuivie personnellement¹³⁶¹. Or, si le terme « sciemment » concerne le fait de participer à un groupe qui, même si on l'ignore, prépare des actions de violence, il s'agit d'une responsabilité collective¹³⁶². Le Conseil constitutionnel a procédé à une interprétation neutralisante de la disposition en cause en considérant que le texte réprime le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement « (...) à la condition que ces infractions soient caractérisées par un ou plusieurs faits matériels accomplis par l'auteur lui-même ou connus de lui »¹³⁶³. Une telle interprétation fait en principe obstacle à une reconnaissance extensive de cette infraction, néanmoins les forces de police disposent avec cette disposition d'un fondement idéal pour procéder à des arrestations massives durant des manifestations dès lors qu'il existe un petit nombre de personnes violentes. Par conséquent, le simple fait de manifester aux côtés de personnes ayant, selon l'appréciation des policiers, une intention violente au cours

¹³⁶¹ Cons. const., n° 99-421 DC, précit., au considérant 9.

¹³⁶² Hubert Lesaffre, « La décision du Conseil constitutionnel sur la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public : un épilogue hâtif » (5 mars 2010) 46 Petites affiches 3.

¹³⁶³ Cons. const., n° 99-421 DC, précit., au considérant 12.

d'une manifestation peut avoir pour effet de se retrouver détenu pour participation à un groupement formé en vue de la préparation d'actes de violence. C'est ainsi que des manifestants ont massivement été arrêtés au cours des manifestations de « gilets jaunes »¹³⁶⁴ dès lors que la réputation violente de ce mouvement a permis aux forces de l'ordre d'arrêter de nombreux manifestants pour ce motif indépendamment des agissements et des intentions pacifiques de chacun.

Ainsi, sans avoir commis ou eu l'intention de commettre un acte répréhensible mais seulement avoir voulu exercer leur droit fondamental de manifester, des personnes peuvent se retrouver pénalement responsables en raison d'actes répréhensibles commis par des individus qui les entourent et même à cause de la simple intention de ces derniers de les commettre. Par ailleurs, le caractère *a priori* protecteur du mécanisme des sommations est à nuancer. En effet, dans le cadre d'une manifestation, la liberté de circulation des manifestants peut être sérieusement restreinte par des mesures de police telles que le « bouclage » de quartiers ou la mise en place de « nasses » empêchant les manifestants de quitter un rassemblement devenu un attroupement. Dès lors, ils se retrouvent en quelque sorte contraints de commettre le délit « de continuer volontairement de participer à un attroupement après les sommations » et de participer sciemment à un groupement en vue de commettre des violences.

3. Le délit de sédition en droit espagnol

Le droit espagnol ne prévoit pas un délit d'attroupement illégal mais un délit de sédition entendue *lato sensu*. En vertu de l'article 544 du *Code pénal espagnol*¹³⁶⁵,

¹³⁶⁴ La caractérisation de plusieurs faits matériels permettant de démontrer la volonté d'un groupe de personnes de causer des dégradations ou de commettre des violences suffit à permettre leur interpellation et à exercer des poursuites à leur encontre.

¹³⁶⁵ Article 544 du *Code pénal espagnol*:

“Son reos de sedicion los que, sin estar comprendido en el delito de rebelion, se alcen publica y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vias legales, la aplicacion de las leyes o a cualquier autoridad , corporacion oficial o

est constitutive d'un délit de sédition l'action convergente de plusieurs personnes qui, de manière illégale, publique et tumultueuse, poursuivent l'objectif d'obstruer l'action de l'État. De plus, en vertu de l'article 547 du même code¹³⁶⁶, le délit de sédition trouve une large application¹³⁶⁷. Le délit de sédition du droit espagnol se rapproche des délits d'attroupement des droits français et canadien.

Le délit de sédition implique la présence collective de personnes au comportement tumultueux. Ce rassemblement est caractérisé par un aspect désorganisé ou spontané ainsi que l'agitation et l'hostilité. L'utilisation de la force fait aussi partie de la définition du délit de sédition, qu'elle soit partielle ou absolue et qu'elle vise les personnes ou les biens. En l'absence de recours à la violence, le délit de sédition peut exister lorsqu'il y a obstruction par les citoyens à l'application d'actes juridiques par les autorités compétentes. Selon la jurisprudence espagnole, l'élément subjectif est d'ordre générique, par conséquent le délit de sédition ne nécessite pas pour être constaté la preuve d'une intention criminelle spécifique d'empêcher les autorités compétentes d'exercer leurs fonctions ou d'empêcher l'application de décisions juridiques et administratives. Ainsi, le délit de sédition peut être constitué même en présence d'un comportement pacifique. Comme pour les délits d'attroupement en droit français et canadien, le délit de sédition espagnol soulève ainsi la question de la responsabilité du fait d'autrui.

D'autre part, le délit peut être constaté sans même que l'obstruction à l'action des autorités compétentes n'ait eu d'effet, c'est-à-dire qu'elle n'a ni empêché de façon grave l'exercice de l'autorité publique ni entraîné la perpétuation d'autres délits pénalement sanctionnés. En outre, la provocation, la conspiration et la proposition de

funcionario publico, el legitimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales”.

¹³⁶⁶ Article 547 du *Code pénal espagnol* :

“En el caso de que la sedicion no haya llegado a entorpecer de un modo grave el ejercicio de la autoridad publica y no haya tampoco ocasionado la perpetracion de otro delito al que la ley senale penas graves, los jueces o tribunales rebajaran en uno o dos grados las penas senaladas en este capitulo”.

¹³⁶⁷ David Carpio Briz, « Artículo 547 », dans Mirentxu Corcoy Bidasolo, Santiago Mir Puig (dir.) Juan Sebastian Vera Sanchez (coord.), *Comentarios al codigo penal reforma LO 1/2015 y L) 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, coll. « Tratados », 2015, à la p. 1667.

sédition relèvent de l'élément matériel du délit sachant que les actes préparatoires sont consubstantiels à celui-ci¹³⁶⁸. À l'instar des délits d'attroupement en droit pénal français et canadien, le délit de sédition vise donc à sanctionner davantage l'intention que les effets d'une action. Il est puni par une sanction atténuée en vertu de l'article 547 du *Code pénal espagnol*.

B. Des arrestations fondées sur la désobéissance des manifestants

1. Les délits de résistance violente à l'encontre des policiers

En droit espagnol, le nouveau *Code pénal* issu de la réforme de 2015 réprime les personnes qui opposent une résistance grave à l'autorités publique dans l'exercice de ses fonctions¹³⁶⁹. On retrouve pareille incrimination de résistance à l'égard des autorités en droit français à travers le délit de rébellion précisé à l'article 433-6 du *Code pénal* dans les termes suivants :

« Constitue une rébellion le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions de justice ».

Pour que ces incriminations soient constatées, il est requis que leur auteur ait agi volontairement en ayant conscience d'exercer des violences sur une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public. Ainsi, on peut remarquer que tant le délit de résistance en droit espagnol que le délit de rébellion

¹³⁶⁸ Article 548 du *Code pénal espagnol* :

“La provocacion, la conspiracion y la proposicion para la sedicion seran castigadas con las penas inferiores en uno o dos grados a las respectivamente previstas, salvo a que llegue tener efecto la sedicion, en cuyo caso se castigara con la pena senalada en el primer apartado del articulo 545 y a sus autores se los considera como promotores”.

¹³⁶⁹ Article 550.1 du *Code pénal espagnol* :

“Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidacion grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios publicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasion de ellas.

En todo caso, se consideraran actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasion de ellas”

Article 556.1 du *Code pénal espagnol* :

“Seran castigados con la pena de prision de tres meses a un ano o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el articulo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en ele ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperacion y bajo el mando de las fuerzas y cuerpos de seguridad”.

en droit français vont au-delà de l'opposition à des ordres de la police et inclut toute contestation envers des personnes chargées d'une mission de service public.

La présence d'une intention est fondamentale pour la qualification de ces délits. L'élément moral consiste à vouloir faire obstacle à l'exécution d'un acte de l'autorité publique mais il n'est pas nécessaire que l'acte reproché ait véritablement empêché l'exécution d'un acte de l'autorité publique. De plus, pour être punissable, la rébellion comme la résistance supposent l'accomplissement d'un acte d'opposition violent. Par conséquent, la simple désobéissance à des ordres ou à des injonctions d'agents dépositaires de l'autorité publique ou encore une simple résistance passive n'est pas constitutive ni d'un délit de résistance¹³⁷⁰ ni d'un délit de rébellion. La jurisprudence française a en effet posé le principe selon lequel :

« Le fait d'opposer une résistance violente aux personnes dépositaires de l'autorité publique doit s'entendre d'un acte de résistance active à l'intervention de ces personnes : la simple résistance passive et la force d'inertie ne sont pas des éléments constitutifs du délit de rébellion »¹³⁷¹.

Ainsi, les délits de rébellion et de résistance ne sanctionnent ni la personne qui, sans menace, déclare ne pas vouloir obéir à un ordre de l'autorité, ni l'individu qui, par des manœuvres non violentes, fait obstacle au travail des autorités.

En droit canadien, les actes de résistance et de violence commis à l'encontre des forces de l'ordre sont incriminés à travers le délit de voie de fait contre un agent de la paix¹³⁷². En vertu de sa définition générale prévue à l'article 265 du *Code criminel*¹³⁷³, ce délit inclut la tentative et la menace de sorte qu'à la différence du délit de rébellion

¹³⁷⁰ STS 580/14 21-7 ; STSJ 328/14 28-4.

¹³⁷¹ Cass. crim., 1^{er} mars 2006, n° 05-84444.

¹³⁷² *Code criminel*, article 270 (1) :

« Commet une infraction quiconque exerce des voies de fait :

- a. soit contre un fonctionnaire public ou un agent de la paix agissant dans l'exercice de leurs fonctions, ou une personne qui leur prête main-forte ;
- b. soit contre une personne dans l'intention de résister à une arrestation ou détention légale, la sienne ou celle d'un autre ou de les empêcher ».

¹³⁷³ *Code criminel*, article 265 :

« Commet des voies de fait ou se livre à une attaque ou une agression quiconque selon le cas :

- a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement ;
- b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein.
- c) En portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie ».

français et du délit de résistance espagnol, le délit canadien de voie de fait contre un agent de la paix ne nécessite pour être constaté que soit commis un acte de violence extériorisé. De cette façon, un manifestant peut être accusé de cette infraction criminelle non seulement dans les cas où il commet un acte de violence et de résistance à l'encontre d'un agent de la paix mais également s'il tente de le commettre ou si un agent de la paix, pour des motifs raisonnables, croit que ce manifestant tente de commettre une voie de fait.

2. Les délits d'expression violente à l'encontre des policiers

À la répression des actes violents s'ajoute celle de la violence des mots à l'encontre de personnes dépositaires de l'autorité publique.

Le droit français prévoit l'incrimination d'outrage à l'article 433-5 du *Code pénal* aux termes duquel constituent un outrage « les paroles, gestes ou menaces, (...) ou l'envoi d'objet quelconque adressés à une personne chargée de mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa mission et de nature à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont elle est investie ». Pour qu'un outrage soit punissable, il est nécessaire qu'il existe une intention d'offenser la puissance publique et que la personne accusée connaisse la qualité de son interlocuteur, à défaut de quoi on ne peut la suspecter d'avoir voulu porter atteinte à ce dernier en raison de sa qualité¹³⁷⁴. Le fait que cet outrage s'adresse à une personne dépositaire de l'autorité publique et qu'il soit commis en réunion constituent des circonstances aggravantes. Ainsi, commettre un délit d'outrage dans le cadre d'une manifestation apparaît toujours comme une circonstance aggravante¹³⁷⁵. Là n'est pas le seul problème que pose la mise en œuvre d'un tel délit. En effet, l'interprétation de la nature de l'outrage peut s'avérer très large dans la mesure où elle relève de l'appréciation subjective et éventuellement arbitraire des personnes chargées d'une mission de service

¹³⁷⁴ Cass. crim., 12 avril 1967, n° 66-93.438, Lexbase : A1513CHI ; STS 199/15 ; 20-3 ; STS 580 /14, 21-7 ; STS 328/14, 28-4.

¹³⁷⁵ Cass. crim., 20 octobre 2015, n° 14-84.156 F-D, Lexbase : A0287NU8.

public. De cette façon, le délit d'outrage peut devenir un délit d'opinion selon des fonctionnaires¹³⁷⁶ à qui il revient de déterminer où s'arrête la contestation légitime à l'occasion d'une manifestation et où commence l'atteinte à la dignité et au respect dû à la fonction des autorités publiques.

Il est des situations où l'outrage est plus manifeste que d'autres, cela a été le cas notamment lorsque le slogan « Suicidez-vous »¹³⁷⁷ a été scandé par des manifestants à l'endroit de policiers. En revanche, qu'en est-il d'autres affirmations comme « Macron démission » ou « La police assassine » qui, l'un comme l'autre, portent *a priori* atteinte au respect de la fonction exercée par une autorité publique. De tels slogans, caractéristiques de l'exercice de la liberté de manifestation, suffisent-ils à constater une infraction d'outrage ? Il semble que les juges procèdent à une interprétation élargie de ce qu'est un outrage. Par exemple, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 13 avril 2001, a condamné pour outrage à personne dépositaire de l'autorité publique un prévenu qui, lors d'une interpellation pour infraction à la circulation routière, a utilisé l'expression « mon pote » envers un policier et fait une réflexion sur le fait que les policiers feraient mieux de courir après les voleurs ; un comportement qui, selon les juges, révélait « la volonté de porter atteinte au respect dû au fonctionnaire et à sa fonction, en niant son autorité et en critiquant la pertinence de ses choix ». Dès lors, le délit d'outrage accorde une large possibilité à des policiers d'interpeller des manifestants à cause d'une attitude, de paroles ou de slogans qu'ils considèrent attentatoires. Or, une telle possibilité de limitation aboutit à une restriction de la liberté d'expression à l'occasion de manifestations revendicatrices.

En Espagne, l'article 37.4 de la *ley organica 4/2015*¹³⁷⁸ a consacré comme

¹³⁷⁶ Jacques Trémintin, « Vers un nouveau délit d'opinion : le délit d'outrage ? » (2008) 280 Journal du droit des jeunes 10.

¹³⁷⁷ Source : https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/04/21/suicidez-vous-indignation-apres-ce-slogan-lance-par-des-gilets-jaunes-aux-policiers_5453119_3224.html [en ligne le 19 juin 2020].

¹³⁷⁸ *Ley organica 4/2015*, 30 mars 2015, de *proteccion de la seguridad ciudadana*.

infraction « légère »¹³⁷⁹ le manque de respect et de considération envers les membres des forces de sécurité dans l'exercice de leurs fonctions tandis que des règlements municipaux sanctionnent le délit d'injure à agent¹³⁸⁰. Ces infractions soulèvent aussi des interrogations quant à la subjectivité et au pouvoir arbitraire des forces de police pour décider ce qu'est ou non un manque de respect et de considération envers elles sachant que les contestations sont des éléments caractéristiques des manifestations.

3. Les délits de désobéissance pacifique

En droit canadien, en vertu de l'article 129 a) du *Code criminel*¹³⁸¹, les manifestants qui refusent d'obtempérer aux ordres de se disperser en quittant les lieux d'une manifestation sont susceptibles d'être reconnus coupables d'entrave au travail des agents de la paix agissant dans le cadre de l'exercice légitime de leurs fonctions. Le délit d'entrave englobe tout comportement susceptible de gêner ou de rendre plus difficile l'exécution du travail des agents de la paix¹³⁸². Ni un contact physique avec l'agent¹³⁸³ ni le fait de résister¹³⁸⁴ n'est requis pour que l'entrave soit reconnue. Pour qu'il y ait délit d'entrave, il n'est pas non plus nécessaire que l'obstruction ait effectivement empêché un agent de la paix d'effectuer son travail ; il suffit que le geste

¹³⁷⁹ La *Ley organica 4/2015*, 30 mars 2015, de *proteccion de la seguridad ciudadana* a créé de nouvelles infractions divisées en deux catégories. Les infractions "graves" et les infractions "leves" (que l'on traduira comme « légères »).

¹³⁸⁰ Règlement R.V.Q. 109, article 9 :

« (...) Il est interdit d'injurier ou d'insulter un agent de la paix ou un fonctionnaire municipal dans l'exercice de ses fonctions ou de tenir à son endroit des propos blessants, diffamatoires, blasphématoires ou grossiers, ou encore d'encourager ou d'inciter une personne à l'injurier ou à tenir à son endroit de tels propos ».

¹³⁸¹ *Code criminel*, article 129 :

« Quiconque selon le cas :

- a) volontairement atteinte un fonctionnaire public ou un agent de la paix dans l'exécution de ses fonctions ou toute personne prêtant légalement main-forte à un tel fonctionnaire ou agent ou lui résiste en pareil cas ;
- b) omet sans excuse raisonnable, de prêter main-forte à un fonctionnaires public ou à un agent de la paix qui exécute ses fonctions en arrêtant quelqu'un ou en préservant la paix après en avis raisonnable portant qu'il est requis de le faire.
- c) résiste à une personne ou volontairement l'entrave dans l'exécution légitime d'un acte judiciaire contre des terres ou biens meubles ou dans l'accomplissement d'une saisie légale ».

¹³⁸² *Regina c. Tortolano, Kelly and Cadwell* [1975] CanLII 1248 (ONCA).

¹³⁸³ *R. v. Watkins* [2000] CanLII 16975 (ONCA), aux p. 528 et 529.

¹³⁸⁴ *R. c. Leesment* [2002] Can LII 9486 (QC CQ) para 31

reproché ait été susceptible d'affecter ses actions¹³⁸⁵. Par ailleurs, l'entrave peut résulter soit d'un acte positif d'une personne, soit d'une omission de faire quelque chose que cette dernière a l'obligation légale de faire¹³⁸⁶. Ainsi, la permanence de manifestants dans un groupe, même de manière pacifique, alors qu'un ordre de se disperser a été donné est susceptible de constituer un délit d'entrave¹³⁸⁷ pouvant donner lieu à une arrestation massive de manifestants.

Dans le même sens, l'article 36.6 de la *ley organica 4/2015*¹³⁸⁸ a introduit en droit espagnol comme infraction « grave » le fait de désobéir ou de résister à l'autorité ou à ses agents dans l'exercice de leurs fonctions. Au vu de sa rédaction, cette disposition s'applique également à la résistance et à la désobéissance pacifiques. Par ailleurs, parmi les mesures de sécurité extraordinaires prévues par l'article 21 de la *ley organica* précitée figure la possibilité pour les agents de fermer ou d'évacuer des locaux et des établissements, d'interdire leur accès ou d'évacuer des espaces publics. Ces mesures sont adoptées sur ordre verbal des agents et donc soumises à leur propre appréciation. Bien que ces mesures doivent être prises en situation d'urgence, qui les rende indispensables, et pour une durée strictement nécessaire afin de garantir la sécurité des citoyens, un tel pouvoir d'évacuer un lieu de rassemblement est mis en œuvre sans considération de la conduite pacifique ou non des manifestants occupant le lieu. Cependant, le Tribunal constitutionnel espagnol a précisé que ce pouvoir octroyé aux agents doit protéger le bien juridique de la sécurité des citoyens et non le principe d'autorité. Ainsi, les ordres auxquels sont obligés d'obéir les citoyens doivent en principe directement viser leur sécurité¹³⁸⁹.

Au Canada, pour accuser une personne de commettre un délit d'entrave, il doit être fait la preuve, hors de tout doute raisonnable, que celle-ci a volontairement entravé

¹³⁸⁵ Voir : *Regina c. Tortolano* précit. ; *R. c. Bouchard* [1999] RJQ 2165, à la p. 2175 ; *R. c. Martin* [2011] QCCQ 879 (CanLII), au para. 45.

¹³⁸⁶ *R. v. Guthrie* [1982] CanLII 201 (ABCA).

¹³⁸⁷ *R. c. Bédard* [2009] QCCA 1473, au para. 180.

¹³⁸⁸ *Ley organica 4/2015*, précit.

¹³⁸⁹ STC, 306/1994.

le travail d'un agent de la paix dans l'exécution de ses fonctions ou lui a résisté dans pareille situation¹³⁹⁰. Dès lors, lorsque l'entrave consiste à ne pas obéir à un ordre, la vraisemblance de cet ordre devient un élément essentiel de l'infraction sans lequel elle ne peut être constituée¹³⁹¹. Ainsi, la présence de manifestants sur les lieux d'une manifestation ne devient un geste illégal qu'en présence d'un ordre de dispersion. Les manifestants qui n'entendent pas l'ordre de dispersion, ou ne peuvent s'y conformer du fait du contexte, ne sont pas susceptibles d'être reconnus coupables d'un délit d'entrave en l'absence de l'élément intentionnel qu'exige la constitution de ce délit¹³⁹². En effet, l'acte d'entrave doit avoir été commis de manière volontaire. Le terme « volontairement » a été interprété par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Doherty* de 1989 comme exigeant la présence d'une intention en relation directe avec l'entrave. Il est donc requis que la personne accusée de ce délit ait véritablement eu l'intention d'entraver le travail des agents de police. Une personne ne peut être déclarée coupable du seul fait de ne pas s'être éloignée ou d'avoir protesté verbalement contre une intervention policière¹³⁹³. De la même manière, l'intention coupable ne peut uniquement découler du fait que des manifestants se trouvent parmi les personnes qui ont véritablement entravé le travail des policiers. Dans le cas contraire, le juge procéderait à une analyse globale plutôt qu'individualisée, sans aucune preuve que les manifestants ont eu l'intention d'aider ou d'encourager ceux qui entravaient le travail des policiers¹³⁹⁴. Les manifestants coupables d'un délit d'entrave doivent être restés volontairement sur les lieux de la manifestation sans excuse légitime et en étant conscients qu'en se comportant de cette manière, ils gêneraient les policiers agissant dans le cadre de l'exécution de leurs fonctions¹³⁹⁵.

¹³⁹⁰ *R. c. Bédard*, précit. au para. 50.

¹³⁹¹ Dans l'arrêt *R. c. Martin*, précit., le juge se demande au para. 30 :

« (...) comment reprocher à quiconque de ne pas avoir obtempéré à des ordres qui n'ont pas été donnés ou qui n'ont pas été compris. Où est l'entrave ? »

¹³⁹² *R. c. Martin*, précit.

¹³⁹³ *R. c. Bédard*, précit.

¹³⁹⁴ *R. c. Bédard*, précit., au para. 59.

¹³⁹⁵ *R. c. Rousseau*, [1982] C.S. 461.

Néanmoins, il est des manifestations où les policiers et les juges estiment que l'ordre de dispersion n'a pas besoin d'être verbalisé pour que les manifestants comprennent que les policiers cherchent à disperser la foule¹³⁹⁶. C'est notamment le cas en droit français sachant que l'article 431-3 du *Code pénal* dispose que :

« les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement peuvent faire directement usage de la force si des violences ou voies de fait sont exercées contre eux ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent ».

De cette façon, une manifestation peut se transformer en attroupement même en l'absence de sommations en supposant la compréhension que celle-ci se transforme en un attroupement du fait d'un acte de violence ou d'une voie de fait commis sur un agent de police. Or, dans une foule, la compréhension de chacun face à un même événement peut varier¹³⁹⁷ et ce d'autant plus dans le cadre d'une manifestation où les manifestants, selon où ils se situent dans le cortège, ne peuvent être informés des événements survenus à un autre endroit du rassemblement. Néanmoins, dans le cas français, à l'inverse du délit d'entrave en droit canadien, il est exigé qu'il existe un acte de violence ou une voie de fait ; une condition qui exclut en principe toute possibilité de disperser des manifestants pacifiques. On comprend alors l'intérêt pour les autorités qui veulent mettre fin à un rassemblement de faciliter la survenance d'actes de violence afin de pouvoir disperser la foule. En droit canadien, en l'absence d'ordre de dispersion, le délit d'entrave subsiste dans le refus d'obéir à un ordre qui n'a pas été donné. Ainsi, il existe un risque que certains manifestants pensent exercer leur droit fondamental de réunion pacifique, à travers le *sit-in* par exemple, alors qu'il peut être considéré qu'ils entravent le travail des policiers en les gênant dans la dispersion de la manifestation rendue nécessaire au nom de l'accomplissement de leur tâche de maintien de l'ordre et de la sécurité publique.

¹³⁹⁶ *R. c. Martin*, précit. au para. 47.

¹³⁹⁷ *R. c. Martin*, précit., au para. 48.

Section 2. Un pouvoir élargi de détention des manifestants

L'assimilation du fait de manifester à certains comportements délictueux entraîne une confusion qui légitime le pouvoir de détenir des manifestants au nom de la prévention d'infractions mais au détriment de la liberté de manifestation.

Pour autant, les juges canadiens ont retenu une interprétation restrictive du pouvoir d'arrestation des manifestants en prenant le soin d'exclure toute possibilité d'arrestation préventive pour violation de la paix supposée (A). Une interprétation trop large du pouvoir d'arrestation engendre le risque de le détourner à des fins de gestion du maintien de l'ordre. Or, dans une société démocratique, les pouvoirs d'arrestation ou de détention ne peuvent être utilisés à des fins de prévention de maintien de l'ordre. Les mesures de privation de liberté - qu'elles soient prises en vue d'une enquête judiciaire, pour contrôler l'identité d'une personne ou dans le cadre d'une technique de confinement de la foule - constituent effectivement une ingérence importante dans l'exercice de la liberté de manifestation dans la mesure où elles limitent la liberté d'aller et venir. À ce titre, ces mesures doivent respecter les garanties constitutionnelles en matière de liberté individuelle, en l'espèce à l'aune de la liberté de manifester. En effet, être privé de liberté de mouvement pendant plusieurs heures, au même moment où se déroule une manifestation, n'a rien d'anodin. Une telle mesure revient, ni plus ni moins, à empêcher les personnes détenues à se rendre à un endroit pour exercer leur droit de manifester (B).

A. Le pouvoir d'arrestation des manifestants en droit canadien

1. Le pouvoir d'arrestation prévu par la loi en droit canadien

Aux termes de l'article 495 (1) du *Code criminel* :

« Un agent de la paix peut arrêter sans mandat :

- a) une personne qui a commis un acte criminel qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel ;
- b) une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle ».

Un tel pouvoir d'arrestation s'applique aux délits de participation à un attroupement illégal et d'émeute, réprimés par les articles 66 et 65 du *Code criminel*. Or, il est important de rappeler que toute manifestation porte en elle le risque de devenir un attroupement illégal. C'est d'ailleurs ce qu'indique l'article 63(2) du *Code criminel* :

« Une assemblée légitime peut devenir un attroupement illégal lorsque les personnes qui la composent se conduisent, pour un but commun, d'une façon qui aurait fait de cette assemblée un attroupement illégal si elles s'étaient réunies de cette manière pour le même but ».

Par ailleurs, bien que de manière plus restreinte, les lois provinciales peuvent prévoir un pouvoir d'arrestation¹³⁹⁸ dans le cadre d'infractions réglementaires prohibant la participation à des rassemblements interdits sur le domaine public¹³⁹⁹. Ce type de pouvoir est néanmoins inhabituel, puisque « le principe veut que l'infraction soit sanctionnée par la signification d'un constat d'infraction. Les cas d'arrestation formelle sont l'exception »¹⁴⁰⁰. Par conséquent, les arrestations sont juridiquement valides seulement si elles constituent le seul moyen raisonnable de faire cesser une infraction¹⁴⁰¹. D'autre part, la détention doit prendre fin dès qu'elle n'est plus nécessaire pour empêcher la reprise ou la continuation, dans l'immédiat, de l'infraction reprochée. Ainsi, des périodes de quatre à six heures de détention de manifestants, qui ont été fréquentes lors des manifestations contre la hausse des frais de scolarité au

¹³⁹⁸ C'est le cas des articles 74 et 75 du *Code de procédure pénale québécois* qui prévoient que :

« 74. L'agent de la paix peut arrêter sans mandat la personne informée de l'infraction alléguée contre elle, qui lorsqu'il l'exige, ne lui déclare pas ou refuse de lui déclarer ses noms et adresse ou qui ne lui fournit pas les renseignements permettant d'en confirmer l'exactitude.

75. L'agent de la paix qui constate qu'une personne est en train de commettre une infraction peut arrêter sans mandat si l'arrestation est le seul moyen raisonnable à sa disposition pour mettre un terme à la perpétration de l'infraction ».

¹³⁹⁹ *Règlement P-6*, article 3 :

« Il est interdit à quiconque participe ou est présent à une assemblée, un défilé, ou un attroupement sur le domaine public, de molester ou bousculer les citoyens qui utilisent également le domaine public à cette occasion, ou de gêner le mouvement, la marche ou la présence de ces citoyens ».

¹⁴⁰⁰ *Québec (ville) c. Gagnon* [2009] CanLII 70620 (QC CM), au para. 57.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*

printemps 2012, au Québec, sont douteuses¹⁴⁰². C'est d'ailleurs ce qu'a souligné la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Kavanaght*¹⁴⁰³ relative à des arrestations de masse réalisées dans le cadre d'une manifestation en se demandant :

« [138] Qu'est ce qui empêchait (...) les policiers de remettre des constats d'infraction et de libérer immédiatement ces personnes ? ».

Il ressort des dispositions de l'article 495(1) du *Code criminel*, comme du pouvoir d'arrestation prévu en matière d'infraction réglementaire par les provinces, qu'il s'agit d'une attribution de caractère préventif. En effet, c'est le cas notamment lorsqu'il s'agit d'arrêter une personne sur le point de commettre un délit aussi inchoatif que l'attroupement illégal. Un tel pouvoir d'arrestation préventive est explicitement consacré à l'article 31 du *Code criminel* qui prévoit qu'un policier peut arrêter tout individu qu'il trouve en train de commettre une violation de la paix ou qu'il croit « être sur le point de prendre part ou de la renouveler », c'est-à-dire afin d'éviter que ne surviennent des violations de la paix. Toutefois, les arrestations préventives doivent reposer sur des fondements objectifs qui permettent de croire qu'une violation de la paix sera vraiment commise. Autrement dit, sont requis des motifs raisonnables de croire qu'il existe un « risque réel de préjudice imminent ». Les arrestations préventives, alors qu'aucun acte criminel n'a été commis ou qu'une violation de la paix n'est pas imminente, sont illégales et arbitraires au sens de l'article 9 de la *Charte canadienne*¹⁴⁰⁴.

Dans l'arrêt *Brown*¹⁴⁰⁵, les personnes arrêtées n'avaient été détenues qu'entre cinq et vingt minutes à un barrage routier sur le chemin menant au lieu de rencontre d'un groupe de motards. La Cour d'appel de l'Ontario a cependant jugé la détention abusive au motif qu'aucune violation de la paix n'était imminente. De plus, pour la

¹⁴⁰² Voir : Rapport de la Ligue des droits et libertés, de l'Association des juristes progressistes et de l'Association pour une solidarité syndicale étudiante, « Répression, discrimination et grève étudiante. Analyse et témoignages », avril 2013, à la p. 15.

¹⁴⁰³ *Kavanaght c. Montréal (Ville de)* [2011] QCCS 4830.

¹⁴⁰⁴ *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, L.R.Q., chapitre C-12, article 9 :
« Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires ».

¹⁴⁰⁵ *Brown v. Regional Municipality of Durham Police Service Board* [1998] Can LII 7198 (ONCA).

Cour, la détention ne visait pas à prévenir une violation de la paix spécifiquement identifiable mais reposait sur l'appartenance présumée à un groupe. De plus, la notion de violation de la paix fondant le pouvoir d'arrestation préventive de l'article 31 du *Code criminel* implique un certain degré de violence et un risque de préjudice. Ce n'est donc qu'en présence d'un danger d'une certaine gravité que ce pouvoir d'arrestation pourra légalement porter atteinte à la liberté de mouvement des personnes.

Dans le cadre d'une manifestation, les policiers disposent ainsi d'un vaste pouvoir leur permettant d'arrêter sans mandat et de manière préventive un manifestant qui, d'après ce qu'ils croient au regard de motifs qu'ils considèrent raisonnables, est en train de commettre ou est sur le point de commettre un délit ou infraction au caractère principalement inchoatif¹⁴⁰⁶ en lien avec l'exercice de la liberté de manifestation. Néanmoins, pour que la police puisse arrêter ou détenir un individu sur le fondement de l'article 31 du *Code criminel*, un acte criminel doit avoir été commis ou être sur le point d'être commis en engendrant un degré important de perturbations, de menaces ou d'activités tumultueuses. La violation de la paix doit déjà avoir eu lieu ou être imminente et être en lien avec l'action des individus suspectés pour que les forces policières puissent les arrêter sur ce fondement. L'article 31 précité ne permet pas une arrestation pour une violation de la paix supposée. Ainsi, en l'absence de motifs raisonnables de croire qu'une violation de la paix est imminente, la police ne peut procéder à une arrestation préventive.

2. L'exclusion d'un pouvoir d'arrestation préventive pour violation de la paix appréhendée

Lors d'importantes manifestations comme celles qui ont eu lieu au Québec en 2012 contre la hausse des frais de scolarité ou encore durant de grands rassemblements organisés à l'occasion de sommet internationaux comme celui du G20 à Toronto en

¹⁴⁰⁶ Dans le sens envisagé.

2010, la police procède à de nombreuses arrestations préventives sur le fondement de l'article 31 du *Code criminel* pour empêcher les individus de les rejoindre parce qu'elle considère qu'ils sont susceptibles de devenir des attroupements illégaux ou des émeutes¹⁴⁰⁷. Néanmoins, une telle lecture de l'article 31 du *Code criminel* porte une grave atteinte à la liberté de manifestation. En effet, toutes les manifestations portant en elles le risque de devenir illégales, le simple fait de vouloir y participer suffirait selon cette approche à justifier une arrestation. La Cour suprême semble toutefois avoir exclu une telle interprétation des pouvoirs policiers en matière d'arrestation préventive. En effet, le pouvoir d'arrestation d'une personne qui est sur le point de troubler la paix, prévu à l'article 31 du *Code criminel*, se distingue du pouvoir d'arrestation exercé pour prévenir une violation générale supposée de la paix. C'est en ce sens que la Cour suprême canadienne, dans l'arrêt *Fleming*¹⁴⁰⁸, a posé le principe selon lequel il n'existe aucun pouvoir d'arrêter un individu qui agit *a priori* en toute légalité au nom de la prévention d'une violation supposée de la paix¹⁴⁰⁹. En l'espèce, il s'agissait de l'arrestation de M. Fleming qui souhaitait se rendre à une contre-manifestation interdite. Ici, le pouvoir d'arrestation en cause visait un individu qui n'était pas soupçonné d'être sur le point de commettre un acte de violence mais sur le point d'exercer sa liberté fondamentale de manifester. Dans l'arrêt *Fleming*, il était donc question du pouvoir d'arrestation d'un individu afin de prévenir la violence que sa conduite, par ailleurs non criminelle, pourrait entraîner. Un tel pouvoir pourrait alors être employé à l'encontre de manifestants afin de prévenir des violences susceptibles d'être commises pendant la manifestation alors même qu'aucun élément ne prouve qu'ils en seraient eux-mêmes les auteurs, ni même qu'ils seraient en lien avec elles.

En droit canadien, lorsque le pouvoir policier ne trouve aucun fondement dans une règle de droit écrit, notamment au sein du *Code criminel* - ce qui était le cas en

¹⁴⁰⁷ Voir : Marie Ève Sylvestre, « Les arrestations préventives sont illégales et illégitimes », *Le Devoir*, 12 juin 2012.

¹⁴⁰⁸ *Fleming c. Ontario* [2019] CSC 45.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, au para. 102.

l'espèce s'agissant d'un pouvoir d'arrestation préventive exercé à l'encontre d'un individu qui n'était pas soupçonné d'avoir commis un acte criminel ou même de menacer ou de violer la paix - il convient de se demander si un tel pouvoir peut se fonder sur un devoir de la police prévu par la *common law*. Afin de déterminer si une action policière qui a pour effet de restreindre la liberté des personnes est autorisée en *common law*, les juges canadiens appliquent le cadre établi dans l'arrêt *Waterfield*¹⁴¹⁰ qualifié de « doctrine des pouvoirs accessoires »¹⁴¹¹. Le fondement de cette doctrine est que les actes policiers qui portent atteinte à la liberté individuelle sont autorisés en *common law* s'ils sont accessoires à l'accomplissement des devoirs reconnus à l'égard des forces de police. Autrement dit, les atteintes à la liberté des personnes sont acceptées si elles sont raisonnablement nécessaires pour que les policiers puissent s'acquitter de leurs devoirs¹⁴¹². Il est alors possible de faire un parallèle entre la doctrine des pouvoirs accessoires et celle de l'atteinte minimale et de la proportionnalité des limitations aux droits et libertés constitutionnellement reconnus par l'article premier de la *Charte canadienne*¹⁴¹³.

Ainsi, un pouvoir d'arrestation préventive d'une personne qui n'adopte pas une conduite criminelle peut passer la première étape du « test *Waterfield* » au vu de l'importance de l'accomplissement des devoirs de maintien de la paix, de prévention du crime et de protection de la vie des personnes et des biens qui reposent sur les forces de police.

Pour autant, même si l'importance de ces devoirs est établie, le juge doit se demander si l'atteinte à la liberté individuelle est, dans le cas d'espèce, nécessaire à

¹⁴¹⁰ *R. v. Waterfield* [1963] 3 All ER 659 (CA).

¹⁴¹¹ *Fleming c. Ontario*, précit., au para. 43.

¹⁴¹² *Ibid.*, au para. 45.

¹⁴¹³ Richard Jochelson, « Ancillary issues with Oakes: the development of the *Waterfield* test and the problem of fundamental constitutional theory » (2012-2013) 43 R.D Ottawa 355 ; John Burchill, « A horse gallops down a street... policing and the resilience of the common law » (2018) 41 Man L.J. 175.

leur accomplissement¹⁴¹⁴. Dans l'arrêt *Figueiras*¹⁴¹⁵, la Cour d'appel de l'Ontario a pu ainsi déclarer que : « [traduction] si l'atteinte aux droits individuels n'a pas de lien rationnel avec le devoir accompli on ne permet pas de favoriser l'accomplissement du devoir policiers, il ne s'agit manifestement pas d'une atteinte nécessaire »¹⁴¹⁶. Selon le principe de la nécessité raisonnable, la mesure portant atteinte aux droits et libertés des individus est valide s'il n'est pas possible, au regard des circonstances, de recourir à d'autres mesures moins intrusives. Dès lors, si les policiers peuvent accomplir leurs devoirs d'une manière qui porte moins atteinte à la liberté, le pouvoir invoqué n'est manifestement pas raisonnablement nécessaire¹⁴¹⁷. La deuxième étape du « test *Waterfield* » requiert de démontrer que l'atteinte à la liberté individuelle est justifiée et nécessaire. Comme le juge Abella l'a effectivement mentionné :

« il faut délimiter les pouvoirs policiers avec prudence afin d'établir un juste équilibre entre la prévention de l'atteinte injustifiée à la liberté et à la vie privée d'une personne et l'octroi aux policiers de pouvoir raisonnablement nécessaires à la protection des citoyens »¹⁴¹⁸.

Lors de la deuxième étape de la « doctrine des pouvoirs accessoires », à savoir celle du contrôle de la nécessité de la mesure en question, il est difficile d'envisager que le pouvoir d'arrêter des individus agissant en toute légalité soit raisonnablement nécessaire pour l'accomplissement des devoirs policiers¹⁴¹⁹. En effet, il existe peu d'actions policières qui portent davantage atteinte à la liberté d'un individu qu'une arrestation restreignant complètement la capacité d'une personne de se déplacer dans l'espace public¹⁴²⁰ afin d'y circuler librement ou d'exercer son droit fondamental de manifester. L'arrestation étant l'un des procédés dont dispose la police portant le plus atteinte à la liberté individuelle, elle devrait être une mesure de dernier recours et non

¹⁴¹⁴ *Dedman c. La Reine* [1985] 2 R.C.S. 2, à la p. 35 :

« L'atteinte à la liberté doit être nécessaire à l'accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'objet poursuivi par cette atteinte ».

¹⁴¹⁵ *Figueiras v. Toronto (Police Services Board)* [2015] CanLII 208 (ONCA).

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, au para. 93.

¹⁴¹⁷ *R. c. Clayton* 2007 CSC 32, au para. 21.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, au para. 26.

¹⁴¹⁹ *Fleming c. Ontario*, précit., au para. 88.

¹⁴²⁰ *Ibid.*, au para. 65.

la première option choisie par les autorités¹⁴²¹.

S'agissant du pouvoir d'arrestation préventive contesté dans l'arrêt *Fleming*, les juges ont décidé qu'il ne trouvait aucun fondement dans la *common law* dès lors qu'il ne satisfaisait pas l'exigence de nécessité. Il n'en demeure pas moins qu'à la dernière étape du « test *Waterfield* », autrement dit au moment de contrôler l'ampleur de l'atteinte à la liberté individuelle, la norme de justification d'un tel pouvoir d'arrestation préventive - qui doit être proportionnée aux droits fondamentaux en cause - aurait été particulièrement rigoureuse¹⁴²².

B. Le pouvoir de détention des manifestants en tant que technique de maintien de l'ordre dans le cadre d'une manifestation en droit français et espagnol

1. Un pouvoir de détention aux fins d'enquête détourné à des fins de gestion de l'ordre public

En vertu de l'article 492.4 de la *ley de enjuiciamiento*¹⁴²³, les agents de police judiciaire espagnols ont le pouvoir de détenir une personne s'il existe des motifs raisonnables de croire en l'existence d'un fait présentant les caractères d'un délit et s'il existe des raisons de suspecter que la personne qu'ils tentent d'arrêter a été impliquée dans la commission de ce délit. De la même manière, en droit français, l'article 62-2 du *Code pénal*¹⁴²⁴ prévoit la garde à vue en tant que mesure de maintien à disposition,

¹⁴²¹ Ibid. au para. 91.

¹⁴²² Ibid. au para. 76.

¹⁴²³ *Real decreto de 14 septiembre de 1882* por el que se aprueba la *Ley de enjuiciamiento criminal*, article 492 :

“La autoridad o agente de policia judicial tendra obligacion de detener :

(...)

4. Al que estuviere en el caso del numero anterior, aunque todavia no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes.

1. Que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastante para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2. Que los tenga tambien bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participacion”.

¹⁴²⁴ Article 62-2 du *Code pénal* :

« La garde à vue qui est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs. Cette mesure doit consister l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants :

1- permettre l'exécution des investigations appliquant la présence ou la participation de la personne ;

sous contrainte, d'une personne soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre un crime ou un délit, par les forces de police ou de gendarmerie dans le cadre d'une enquête judiciaire. Cette restriction de liberté doit cependant avoir pour but la recherche de la vérité et la protection de l'enquête mais peut aussi servir à garantir la mise en œuvre de mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit qui fait l'objet de cette enquête.

Tant en droit français qu'en droit espagnol, il est donc parfaitement légal de placer en garde à vue une personne à l'encontre de laquelle il existe des éléments permettant de la soupçonner qu'elle a commis des actes pénalement répréhensibles tels que les délits de participation à un attroupement, de rébellion ou encore d'outrage à agent en droit français et les délits de sédition ou de résistance en droit espagnol. Face à un fait délictueux, les policiers français et espagnols peuvent ainsi procéder à la détention d'un manifestant dès lors que celui-ci est suspecté d'avoir participé à la commission de celui-ci. Néanmoins, pour qu'une telle détention soit juridiquement valable, il ne suffit pas qu'elle soit prévue par la loi. Une détention doit pouvoir se justifier par la présence d'indices quant à la commission d'un délit et la participation à celle-ci. Autrement dit, pour qu'une détention soit valide, la présence d'éléments matériels pouvant caractériser la participation à la commission d'un délit est indispensable. La tâche se complique néanmoins lorsqu'il est question de délit d'intention. En effet, tant en droit français qu'en droit espagnol, certains délits n'incriminent pas une action mais une intention. C'est le cas du délit de participation à un groupement, même temporaire, en vue de commettre des violences qui est prévu à l'article 222-14-2 du *Code pénal français*, mais également des délits de provocation,

2- garantir la présentation de la personne devant le procureur de la république afin que ce magistrat plus apprécier la seule la suite à donner à l'enquête ;

3- empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ;

4- empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ;

5- empêcher que la personne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ;

6- garantie à la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit ».

de conspiration et de proposition de sédition envisagés par le *Code pénal espagnol*¹⁴²⁵. La sédition, au même titre que la tentative ou le complot, est une infraction strictement inchoative. Ces infractions étendent le champ de la responsabilité pénale dans la mesure où ce n'est plus la commission d'un délit qui est prise en compte mais l'étape préalable à sa réalisation. Ainsi, le délit de sédition repose sur la seule intention de sédition. Un tel délit fonde donc un pouvoir d'interpellation préventive des manifestants pouvant être accusés d'intention de sédition en l'absence même d'un quelconque passage à l'acte. De même, il est manifeste que l'article 222-14-2 du *Code pénal français* consacre un pouvoir d'interpellation préventive dès lors que celui-ci vise à éviter que des violences soient commises en groupe. En outre, on peut souligner que si les actes de violence sont effectivement commis, l'article 222-14-2 précité ne peut plus s'appliquer. De tels délits d'intention sont donc des « infractions obstacles » dont le but est de permettre l'interpellation d'une personne avant qu'elle ne commette un acte délictueux.

Or, en matière de délit d'intention, il est difficile d'identifier des éléments matériels pouvant caractériser l'intention véritable de commettre un acte. Bien que l'article 222-14-2 du *Code pénal* dispose que « la préparation des violences doit être caractérisée par un ou plusieurs éléments matériels », en période de grandes contestations sociales comme pendant les manifestations des « gilets jaunes », il est possible de relever que les policiers bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation de l'intention d'un manifestant pour justifier son arrestation. Ainsi, durant la crise sociale des « gilets jaunes », le simple fait d'être habillé en noir et de porter un masque à gaz, un casque, un foulard ou même des lunettes de piscine pouvait constituer un motif raisonnable de croire en l'intention de participer à un groupement violent. Cependant, il appert que sous couvert d'éviter la commission d'actes de violence ou de sédition, les policiers français comme espagnols empêchent des manifestants de rejoindre une

¹⁴²⁵ Article 548 du *Code pénal espagnol* :

“La provocacion, la conspiracion y la proposicion para la sedicion seran castigadas con las penas inferiores en uno o dos grados a las respectivamente previstas, salvo a que llegue tener efecto la sedicion, en cuyo caso se castigara con la pena senalada en el primer apartado del articulo 545 y a sus autores se los considera como promotores”.

manifestation à des fins de gestion de l'ordre public et non de prévention de la commission d'un délit. Or, ni les interpellations ni les gardes à vue ne devraient pouvoir servir d'outil préventif de maintien de l'ordre étant donné qu'elles ne sont censées être employées que pour les stricts besoins d'une enquête judiciaire.

2. Le pouvoir de détention en vue de contrôler l'identité des manifestants

En vertu de l'article 17 de la *Constitution espagnole*¹⁴²⁶, le législateur peut prévoir différentes formes de détention. Ainsi, l'article 20.2 de la *ley organica 1/1992* relative à la protection de la sécurité des citoyens¹⁴²⁷ prévoit qu'en cas de refus de s'identifier et lorsque cela apparaît nécessaire pour empêcher la commission d'un délit ou d'une infraction administrative, les forces de sécurité peuvent exiger des personnes récalcitrantes qu'elles les accompagnent au poste de police afin d'effectuer des procédures d'identification. Le Tribunal constitutionnel, dans sa décision 341/1993 du 18 novembre 1993, a eu l'occasion de se pencher sur la constitutionnalité de telles mesures privatives de liberté en vue de l'identification des individus. En effet, l'article 25-3 de la *Constitution espagnole* précise que :

« L'administration civile ne pourra pas imposer des sanctions impliquant, de façon directe ou subsidiaire, une privation de liberté ».

Pour le juge constitutionnel espagnol, l'article 20.2 de la *ley organica* précité n'est pas contraire à l'article 25-3 de la Constitution dès lors qu'il ne poursuit pas l'objectif de sanctionner mais d'identifier des personnes. Dès lors qu'est reconnue la constitutionnalité de mesures de privation de liberté en vue d'un contrôle d'identification, il est possible de présumer la constitutionnalité de l'article 16.2 de la

¹⁴²⁶ *Constitution espagnole*, version française, article 17 :

« 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sécurité. Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est conformément aux dispositions du présent article et dans le cas et sous la forme prévus par la loi.

2. La garde à vue ne pourra pas durer plus que le temps strict nécessaire pour réaliser les vérifications tendant à l'éclaircissement des faits et, en tout cas le détenu devra être mis en liberté ou à la disposition de l'autorité judiciaire dans le délai maximum de soixante-douze heures.

3. Toute personne détenue doit être informée immédiatement, et d'une façon qui lui est compréhensible, de ses droits et des raisons de sa détention et ne peut pas être obligée à faire une déclaration. L'assistance d'un avocat est garantie au détenu dans les enquêtes policières ou les poursuites judiciaires dans les termes établis par la loi.

4. La loi définira une procédure d'habeas corpus pour mettre immédiatement à disposition judiciaire toute personne détenue illégalement. De même, la loi déterminera la durée maximale de la prison provisoire ».

¹⁴²⁷ *Ley organica 1/1992* du 21 février 1992 relative à la sécurité des citoyens.

nouvelle *ley organica 4/2015* sur la protection de la sécurité des citoyens qui est venu remplacer l'article 20 de la *ley organica 1/1992*.

Une procédure de vérification d'identité similaire est prévue par le *Code de procédure pénale français* dont l'article 78-3 dispose que :

« Si l'intéressé refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, il peut, en cas de nécessité, être retenu sur place ou dans le local de police où il est conduit aux fins de vérification de son identité ».

Dans le cadre d'une manifestation, les contrôles d'identité se sont de plus en plus généralisés, notamment en vertu de l'article 78-2 du *Code de procédure pénale* qui permet de contrôler l'identité de toute personne, quel que soit son comportement¹⁴²⁸, afin de prévenir une atteinte à l'ordre public et à la sécurité des personnes ou des biens. Le refus de s'identifier ou de se soumettre aux fouilles d'un policier aux abords d'une manifestation peut ainsi constituer une raison d'arrestation d'une personne souhaitant manifester qui pourra alors être amenée au poste de police à des fins d'identification et, par la même, se retrouver empêchée de participer à la manifestation.

Les mesures de privation de liberté en vue d'une identification doivent cependant avoir en principe comme seul but celui de déterminer l'identité de la personne qui en fait l'objet, de sorte que les privations de liberté doivent prendre fin dès que cette finalité est remplie. De plus, ces mesures doivent être effectuées dans un délai strictement nécessaire pour mener à bien l'identification des personnes. À cet égard, l'article 20.2 de la *ley organica* précitée fixe une durée maximum de six heures tandis que l'article 78-4 du *Code de procédure pénale français* prévoit une durée qui s'aligne à celle de la garde à vue, soit vingt-quatre heures¹⁴²⁹. En tout état de cause, dans un cas comme dans l'autre, ces heures de privation de liberté, privent, par

¹⁴²⁸ À l'occasion des manifestations des « gilets jaunes », les préfets avaient reçu des instructions strictes du ministère de l'Intérieur pour mettre en œuvre des contrôles d'identité ainsi que des fouilles de bagages, notamment à l'arrivée des personnes dans les gares parisiennes et aux abords des péages autoroutiers sur les axes desservant la capitale.

¹⁴²⁹ Article 63-2 du *Code de procédure pénale* :

« La durée de la garde à vue ne peut excéder vingt-quatre heures ».

définition, les personnes désireuses de manifester de rejoindre les rangs d'une manifestation.

Or, être privé de liberté pendant plusieurs heures au même moment où se déroule une manifestation n'a rien d'anodin. Une telle mesure revient, ni plus ni moins, à empêcher les personnes détenues à exercer librement leur droit de manifester. À l'instar des arrestations aux fins d'enquête en matière de délit d'intention, les mesures de privation de liberté en vue de contrôler l'identité de certains manifestants constituent une ingérence importante dans l'exercice de la liberté de manifestation en sapant la liberté d'aller et venir.

3. La privation de liberté de manifestants à travers certaines techniques de maintien de l'ordre

Parmi les méthodes de maintien de l'ordre public employées dans le cadre d'une manifestation figure la technique de confinement de la foule qui consiste à former des « nasses », c'est-à-dire des cordons de police au sein desquels les manifestants, comme possiblement aussi des non-manifestants, sont retenus pendant plusieurs heures non pas du fait de leur comportement mais pour des motifs d'ordre public. Précisément, si l'on se réfère à la définition proposée par le Défenseur des droits¹⁴³⁰, la nasse désigne la technique qui consiste :

« à priver plusieurs personnes de leur liberté de se mouvoir au sein d'une manifestation ou à proximité immédiate de celle-ci, au moyen d'encerclement par les forces de l'ordre qui vise à empêcher de se rendre ou de sortir du périmètre ainsi défini ».

La Cour européenne des droits de l'Homme a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de ces techniques de maintien de l'ordre avec les garanties de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, notamment avec son article 5 qui consacre le droit à la liberté et à la sûreté¹⁴³¹. Dans l'arrêt *Austin c.*

¹⁴³⁰ Rapport du Défenseur des droits, « Le maintien de l'ordre au regard des règles de déontologie », décembre 2017, à la p. 39.

¹⁴³¹ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5, article 5 :

*Royaume Uni*¹⁴³², les requérants, à l'occasion d'un rassemblement antimondialisation organisé le 1^{er} mai 2001 devant le bâtiment de la Banque mondiale, avaient été retenus à l'intérieur d'un cordon de police de 15h00 à 21h30, soit durant plus de six heures¹⁴³³. Ils se plaignaient ainsi d'avoir été privés de leur liberté sans que cette privation

« ne soit justifiée au regard d'aucun des alinéas de l'article 5-1. En particulier, ils n'auraient pas été détenus en vue de garantir l'exécution d'une "obligation prescrite par la loi", au sens de l'article 5-1 b), cette forme de justification ne pouvant selon eux être admise que dans les cas où une obligation particulière et concrète pèse sur l'individu et où la privation de liberté est liée au respect de cette obligation »¹⁴³⁴.

En droit de la *Convention*, il est admis qu'une mesure de privation de liberté ne désigne pas seulement une détention au sens classique d'emprisonnement. L'existence d'une mesure de privation de liberté doit s'apprécier au regard de la nature et du degré de confinement, les modalités de celui-ci quant à sa mise en œuvre, sa durée et ses effets sur l'individu concerné¹⁴³⁵. Dans l'arrêt *Storck c. Allemagne*¹⁴³⁶, la Cour de Strasbourg a ainsi indiqué qu'une personne est privée de sa liberté s'il y a eu « confinement dans un espace restreint pendant un laps de temps non négligeable » et si la personne concernée a consenti ou non à la mesure. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne en la matière, pour savoir s'il y a eu ou non privation de liberté au sens de la *Convention européenne*, il convient de se rapporter aux conséquences particulières de chaque espèce¹⁴³⁷. Dans l'affaire *Austin c. Royaume Uni*, les juges de la Convention ont reconnu que la mesure de confinement en question pouvait être considérée comme une mesure de privation de liberté dès lors que sa nature coercitive, sa durée et ses effets sur les manifestants et les non-manifestants présents sur les lieux - notamment l'inconfort physique qu'elle leur a causé et l'impossibilité dans laquelle

« Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté sauf dans les cas suivants et selon les voies légales ».

¹⁴³² *Austin et autres c. Royaume Uni*, 15 mars 2012, CEDH, n° 36692, G.C.

¹⁴³³ *Ibid.*, au para. 10.

¹⁴³⁴ *Ibid.*, au para. 49.

¹⁴³⁵ *Ibid.*, au para. 45.

¹⁴³⁶ *Storck c. Allemagne*, 16 juin 2005, CEDH, 61603 /00, au para. 74.

¹⁴³⁷ Voir : *Engel et autres c. Pays Bas*, 8 juin 1976, CEDH, 5100/71 série A n° 22, au para. 58-59 ; *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, CEDH, 7367/76 para. 92-93.

elle les a mis de quitter l'espace de confinement - sont des éléments qui militent en faveur d'un constat de privation de liberté¹⁴³⁸.

Pourtant, considérant que la mesure de confinement était dans ce cas le procédé le moins intrusif et le plus efficace à utiliser pour prévenir des atteintes graves aux personnes et aux biens, en comparaison d'autres « méthodes plus radicales qui auraient donné lieu à un risque supérieur d'atteintes aux personnes », la Cour n'a pas invalidé la mesure de confinement contestée¹⁴³⁹. Par ailleurs, les juges européens ont profité de l'occasion pour rappeler le principe de subsidiarité, « pilier de la Convention »¹⁴⁴⁰, notamment en matière de mesures de police¹⁴⁴¹. Toutefois, la Cour de Strasbourg a ici octroyé, ni plus ni moins, un dangereux blanc-seing aux autorités nationales pour prendre des mesures privatives de liberté dans le cadre de l'exercice de leur mission de maintien de l'ordre.

Si les mesures de confinement de foule peuvent trouver une base juridique en droit britannique à travers les pouvoirs de police prévus par la *common law* dès lors qu'elles peuvent être justifiées par leur nécessité et proportionnalité, cela n'est pas le cas en droit français et espagnol. En effet, les systèmes constitutionnels de ces deux pays n'offrent aucune base juridique à de telles mesures qui privent les individus de leur liberté individuelle au nom du maintien de l'ordre public.

Les mesures de confinement impliquent une privation de liberté et doivent à ce titre respecter les garanties constitutionnelles en matière de liberté individuelle. De telles pratiques sont inconstitutionnelles en droit espagnol dès lors qu'elles ne sont pas expressément prévues par la loi. En effet, l'article 17 de la *Constitution espagnole* dispose que :

« 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sécurité. Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est conformément aux dispositions du présent article et dans le cas et sous la forme prévus par la loi ».

¹⁴³⁸ *Austin et autres c. Royaume Uni*, précit., au para. 64.

¹⁴³⁹ *Ibid.*, au para. 66.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, au para. 61.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*

Or, en droit espagnol, bien que le *ley organica 4/2015* prévoit à l'article 17¹⁴⁴² la possibilité, pour les forces de sécurité, de limiter ou restreindre la circulation ou la présence d'individus sur certaines voies et dans certains lieux publics ainsi que d'établir des zones de restriction de circulation, cela ne suffit certainement pas à fonder un pouvoir de privation des individus de leur liberté individuelle dans une « nasse » pendant plusieurs heures afin d'assurer la sécurité des citoyens.

De son côté, l'article 66 de la *Constitution française* dispose que :

« Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

Ainsi, le 25 octobre 2018, la chambre d'instruction de la Cour d'appel de Lyon a fait droit aux arguments du collectif « 21 octobre » qui avait contesté en justice la mesure de confinement de foule qui avait eu lieu place Bellecour à Lyon le 21 octobre 2010 avec pour conséquence d'empêcher des manifestants de rejoindre le cortège. Le juge a reconnu qu'il existait des indices graves ou concordants et renvoyé le dossier devant les juges d'instruction en leur demandant la mise en examen de deux responsables de la police au motif d'une « atteinte arbitraire à la liberté individuelle » et d'une « privation de liberté illégale » pour avoir pris de telles mesures¹⁴⁴³. En effet, l'article 66 de la Constitution prévoit que :

« Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

Néanmoins, un non-lieu, confirmant celui de 2017¹⁴⁴⁴, a été rendu le 5 mars 2020. Un pourvoi en cassation a cependant été formé.

Sous-chapitre 2. L'illusion des garanties juridiques contre les pratiques policières arbitraires à l'encontre des manifestants

¹⁴⁴² *Ley organica 4/2015*, précit.

¹⁴⁴³ Source : <https://www.collectif21octobre.fr/pages/le-recours-contre-lordonnance-de-non-lieu> [en ligne le 23 juin 2020].

¹⁴⁴⁴ Cour d'appel de Lyon chambre d'instruction n d'instruction : JICABDOY11000089 N de parquet : 112220001462 février 2017

La criminalisation désigne le processus par lequel un acte ou un comportement se retrouve visé par des législations pénales. La participation à une manifestation est particulièrement et directement ciblée par les législations pénales au moment de grandes mobilisations sociales dont les contestations visent généralement les décisions prises par les gouvernements au pouvoir. Ces derniers, qui disposent en principe d'une majorité parlementaire, peuvent adopter des législations de circonstance afin de restreindre l'exercice de la liberté de manifestation et, par la même, cantonner les mobilisations sociales qui mettent en cause leurs décisions. En outre, la volonté législative de criminaliser l'exercice de la liberté de manifestation connaît peu de limites de la part des organes de contrôle juridictionnel tant le climat agité semble suffire pour justifier de telles restrictions au nom de l'ordre et de la sécurité. Or, les législations criminalisant l'exercice de la liberté de manifestation, lorsqu'elles ne sont pas abrogées une fois les circonstances les ayant justifiées passées, sont susceptibles de réduire progressivement le droit de manifester. Par ailleurs, le développement des législations pénales en la matière entraîne un accroissement des pouvoirs policiers utilisés à l'encontre des manifestants. À l'instar de la volonté de criminaliser l'exercice de la liberté de manifestation en vue de cantonner un mouvement social, les pratiques de la police ayant pour effet de discriminer les manifestants adhérant à des mobilisations de grande ampleur trouvent peu de limites (Section 1). De plus, l'absence de garanties juridictionnelles à l'égard des pratiques policières met en cause le droit effectif de manifester son opinion dans l'espace public portant ainsi une atteinte excessive à la liberté individuelle (Section 2).

Section 1. Une criminalisation volontaire de la participation à une manifestation

En période de contestation sociale, les organes législatifs n'hésitent pas à adopter des législations de circonstance au nom de la garantie de la sécurité publique mais au détriment du libre exercice de la liberté de manifestation. Ainsi, de nombreuses législations encadrant le droit de manifester ont été adoptées à la suite de contestations sociales ou en réponse à des débordements qui se sont produits lors de manifestations

spécifiques. Les circonstances particulières d'une contestation sociale semblent alors pouvoir justifier des normes restreignant la libre participation à une manifestation pour les besoins de la sauvegarde de la paix publique. Cependant, le climat agité dans lequel sont prises de telles législations de circonstance est susceptible d'entraîner un contrôle juridictionnel limité et privilégiant le maintien de lois sécuritaires plutôt que la garantie de la liberté de manifestation (A). D'autre part, l'adoption de telles législations de circonstance a pour conséquence de doter les forces de police de nouveaux pouvoirs leur permettant d'agir préventivement afin d'éviter les débordements lors des manifestations. Or, un pouvoir d'arrestation ou de détention trop important peut être discrétionnaire et susceptible d'être utilisé de manière détournée, par exemple à des fins de criminalisation d'un mouvement social protestataire rendant possible des arrestations ou des détentions de manifestants pour le seul motif de leur adhésion à ce dernier (B).

A. La volonté législative de criminaliser l'exercice de manifestation

1. La *ley organica* espagnole relative à la protection de la sécurité des citoyens de 2015 en réponse aux manifestations des « Indignés »

Pendant la forte contestation sociale qui s'est produite en Espagne en 2011¹⁴⁴⁵, sont apparues de nouvelles formes de protestations¹⁴⁴⁶. La réponse du Gouvernement d'alors - directement visé par ces protestations - a été l'adoption d'une réforme du *Code*

¹⁴⁴⁵ Voir sur le sujet : Rafael de la Rubia (dir.), *Hacia una revolucion no-violenta: del 15 M al 15 O*, Madrid, Editorial manuscrito, 2011.

¹⁴⁴⁶ Source : https://www.scienceshumaines.com/indignes-les-nouvelles-formes-de-protestation_fr_28437.html [en ligne le 30 avril 2018].

*pénal*¹⁴⁴⁷ et d'une *ley organica* relative à la protection de la sécurité des citoyens¹⁴⁴⁸ entrées en vigueur en 2015.

Rappelons que le constituant espagnol de 1978 avait été plus loin que la consécration d'une réserve de loi ordinaire pour préserver les droits fondamentaux en prévoyant une réserve de loi organique. En effet, l'article 81 de la *Constitution espagnole* pose le principe selon lequel seule une loi organique, caractérisée par une procédure législative dont les conditions sont plus renforcées que celles d'une loi ordinaire, peut organiser l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis. De cette façon, l'article 81-1 exclut, en principe, toute possibilité d'ingérence du pouvoir exécutif dans l'exercice des libertés d'expression, de réunion et de manifestation pacifiques. Néanmoins, lorsque le Gouvernement dispose d'une majorité absolue au Parlement, comme cela était le cas en 2015, la protection d'une loi organique est à nuancer. En effet, malgré cette garantie formelle contre l'ingérence du pouvoir exécutif, celui-ci a pu faire voter, grâce à l'appui des parlementaires, une loi organique visant à restreindre l'exercice des droits fondamentaux d'expression, de réunion et de manifestation pacifiques notamment en criminalisant de nouvelles formes de contestation.

C'est le cas de l'article 36.2 de ce texte¹⁴⁴⁹ qui élève en infraction administrative « grave » le fait de manifester aux abords du Congrès des députés, du Sénat et des assemblées législatives des Communautés autonomes. Une telle infraction fait directement suite aux nombreuses manifestations qui avaient eu lieu sous le mot

¹⁴⁴⁷ *Ley organica 1/2015*, du 30 mars 2015 *por la que se modifica la ley Organica 10/1995*, du 23 novembre 1995, *delCodigo Penal*.

¹⁴⁴⁸ *Ley organica 4/2015*, précit.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, article 36 :

“Infracciones graves :

Son infracciones graves :

2. La perturbacion grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasion de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autonomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya infraccion penal”

d'ordre « *Rodea al Congreso* »¹⁴⁵⁰ incitant les manifestants à se tenir pacifiquement devant les assemblées parlementaires, notamment lorsqu'elles se réunissaient pour voter des lois importantes comme celle relative au budget.

De plus, la *ley organica 4/2015* a élevé en infractions administratives des conduites qui auparavant étaient visées par le *Code pénal* et devaient, pour être constatées, engendrer une mise en danger des personnes. Désormais, de telles conduites sont sanctionnables par la voie administrative dès lors que celles-ci perturbent la « sécurité des citoyens » qui, au sens de cette loi, désigne la protection des personnes et des biens et le maintien de la tranquillité publique¹⁴⁵¹. La *ley organica* précitée, à travers la création de nombreuses infractions administratives, a ainsi octroyé un large pouvoir d'appréciation aux policiers quant au maintien de la sécurité des citoyens au nom de laquelle ils peuvent désormais utiliser leur pouvoir de détention de manière préventive. Par exemple, l'article 37.14 de ce texte sanctionne en tant qu'infraction administrative le fait de déplacer des barrières placées par les forces de police pour délimiter des périmètres de sécurité de manière préventive. La création d'une telle infraction administrative est une réponse manifeste à la manifestation du 25 septembre 2013 qui avait dégénéré autour du Congrès des députés. Les charges policières contre les manifestants avaient obligé certains d'entre eux à passer par-dessus les barrières de sécurité. Par conséquent, le simple fait que des manifestants déplacent des barrières, indépendamment du fait qu'une telle conduite soit dangereuse ou non, peut dorénavant justifier leur arrestation.

Parmi les nouvelles infractions administratives prévues par la *ley organica 04/2015* figurent aussi des anciens délits pénalement sanctionnés retirés du *Code pénal*

¹⁴⁵⁰ Ces manifestations qui avaient pour objet d'encercler le Parlement lorsqu'il se réunissait se sont déroulées à plusieurs reprises durant tout le mouvement des *Indignés*, notamment les 25 et 29 septembre 2012, le 14 novembre 2012, le 14 décembre 2013 et le 4 octobre 2014.

¹⁴⁵¹ Préambule de la *ley organica 4/2015*, alinéa 3:

“La Constitución española de 1978 asumió el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1) así como el de seguridad pública (artículo 149.1.29 a)). Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos como sinónimos, entendiéndose por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana”.

à l'issue de la réforme réalisée par la *ley organica 1/2015*¹⁴⁵². En réalité, ces délits n'ont donc jamais disparu de l'ordonnancement juridique espagnol mais se sont tout bonnement transformés en infractions administratives. Cette transition du domaine pénal au champ administratif pour juger et punir certaines conduites propres aux contestations n'est pas caractérisée par moins de répression ; au contraire, elle facilite la condamnation de l'exercice de la liberté de manifestation. En effet, dans le cadre d'un processus administratif, l'administration - donc la police - bénéficie d'une présomption d'absence de responsabilité jusqu'à preuve du contraire¹⁴⁵³. Ainsi, les faits constatés par les fonctionnaires de police jouissent d'une présomption de véracité. Autrement dit, dans les procédures administratives, il est plus difficile de contredire la parole d'un policier que par la voie judiciaire caractérisée par des garanties absentes des processus administratifs.

De nombreuses voix se sont donc élevées à l'encontre de cette *ley organica* surnommée la loi « bâillon »¹⁴⁵⁴ qui a également fait l'objet d'un recours en inconstitutionnalité formé par plus de cinquante députés appartenant à divers groupes parlementaires¹⁴⁵⁵.

Dans le cadre d'une coalition avec le Parti socialiste ouvrier espagnol (PSOE), chef de fil du recours en inconstitutionnalité contre cette *ley organica* de 2015, le parti

¹⁴⁵² C'est le cas du délit de désobéissance et de résistance à l'autorité ou à ses agents dans l'exercice légitime de ses fonctions initialement réprimé par l'article 634 de l'ancien *Code pénal espagnol*. Aujourd'hui, l'article 36.6 de la *ley organica 4/2015* élargit la conduite sanctionnable en élevant en infraction administrative grave le fait de désobéir ou de résister à l'autorité ou à ses agents dans l'exercice de leurs fonctions mais également le refus de s'identifier à la demande de l'autorité ou encore l'allégation de données fausses ou inexactes durant le processus d'identification. Ainsi le délit de désobéissance pacifique est inclus dans le délit de désobéissance.

¹⁴⁵³ *Ley 39/2015*, 1^{er} octobre 2015, *del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas*, article 53-2 b) :

“Ademas de los derechos previstos en el apartado anterior, en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables tendran los siguientes derechos :

b) A la presuncion de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”.

¹⁴⁵⁴ *Ley « mordaza »* en espagnol.

¹⁴⁵⁵ Les députés ayant présenté le recours appartiennent au Parti Socialiste (PSOE), à la Gauche Plurielle (Izquierda Plural), à l'Union Progrès et Démocratie (UPyD), à Compromís-Equo (Coalition à Valence de plusieurs partis politiques), à Coalición Canaria (Coalition aux Îles Canaries de plusieurs partis politiques) et au parti de Navarre Geroa Bai (« Oui au futur » en basque).

politique *Podemos*, fondé en 2014 et directement issu du mouvement social des *Indignés*, dont les protestations étaient directement visées par cette loi, gouverne désormais le pays. Une abrogation de cette loi si vivement contestée était donc attendu. Or, il semble que même ses détracteurs, une fois arrivés au pouvoir, tardent à la retirer, à l'instar du Tribunal constitutionnel qui tardent à se prononcer sur l'opportunité de l'abroger.

2. Des lois sécuritaires de circonstances validées par le Conseil constitutionnel français

En droit français, le régime juridique du droit de manifester s'est construit au fil des mobilisations sociales. Autrement dit, les lois encadrant l'exercice de la liberté de manifestation sont, pour la plupart, des législations de circonstance. Comme on l'a déjà relevé, c'est à la suite de la manifestation antiparlementaire du 6 février 1934, organisée à Paris devant la Chambre des députés par des groupes de droite et des ligues d'extrêmes droite qui tourna à l'émeute en faisant plusieurs morts et blessés, que fut pris le décret-loi du 23 octobre 1935 *portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public* et établissant l'obligation d'une déclaration préalable de toute manifestation sur la voie publique accompagnée d'un pouvoir d'interdiction préventive entre les mains des autorités administratives.

Par la suite, d'autres débordements qui ont eu lieu lors de contestations sociales ont été à l'origine de plusieurs législations restreignant le droit de manifester. C'est le cas notamment des événements de Mai 68 qui ont constitué l'occasion pour le Gouvernement de faire voter en 1970 la *loi tendant à réprimer certaines formes nouvelles de délinquance*¹⁴⁵⁶. L'article 314, alinéa 2 de l'ancien *Code pénal*, institué par cette loi, sanctionnait la participation volontaire après « le commencement et la connaissance » de l'attroupement délictueux de 3 mois à 2 ans d'emprisonnement alors même que les participants ne disposaient d'aucune garantie quant au fait de savoir à partir de quel moment la manifestation à laquelle ils participaient était considérée

¹⁴⁵⁶ Loi n° 70-480 du 8 juin 1970, précit.

comme un « attroupelement délictueux ». La garantie protectrice du système de sommations avait disparu au profit de la vigilance de chacun¹⁴⁵⁷. Cette loi a néanmoins été abrogée en 1981, après l'arrivée au pouvoir du premier président socialiste français, François Mitterrand, pour marquer une rupture avec le Gouvernement précédent. Pour autant, l'abrogation d'un tel délit n'impliquait pas sa non-conformité constitutionnelle qui doit être décidée par le Conseil constitutionnel en tant qu'organe de contrôle de constitutionnalité des lois. Ainsi, en 2010 on a pu assister à la résurrection d'un délit de groupe¹⁴⁵⁸ similaire avec l'introduction du délit de participation à un groupement violent en vue de la préparation de violences à l'article 222-14-2 du *Code pénal*. Cette fois, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de contrôler la constitutionnalité d'un tel délit mais s'est prononcé en faveur de sa conformité constitutionnelle en ne retenant ni le risque de responsabilité du fait d'autrui ni un problème de compatibilité avec le principe d'individualisation des peines¹⁴⁵⁹. Aujourd'hui, cet article fonde la plupart des arrestations massives de manifestants. En effet, à l'instar de la loi « anticasseur » de 1970 abrogée en 1981, le délit de participation à un groupement en vue de commettre des violences permet de détenir tout manifestant se tenant à proximité d'un groupe susceptible de commettre des violences, sans avoir à distinguer l'auteur du co-auteur ou bien le co-auteur du complice¹⁴⁶⁰.

Récemment, la contestation sociale du mouvement des « gilets jaunes » a été caractérisée par certains débordements qui ont été pris en compte pour restreindre encore un peu plus la liberté de participer à une manifestation. En réponse à la « crise des gilets jaunes », les parlementaires ont effectivement voté une nouvelle loi de

¹⁴⁵⁷ Marcel René Tercinet, « La liberté de manifestation en France » (1979) RDP 1050.

¹⁴⁵⁸ Vincent Nioré, « D'une loi anti-casseurs défunte à une loi anti-bandes conformes à la Constitution : la résurrection... », précit.

¹⁴⁵⁹ Décision n° 2010-604 DC, 25 février 2010, au considérant 12 :

« (...) La disposition critiquée n'instaure pas de responsabilité pénale pour des faits commis par un tiers qu'elle n'est pas contraire au principe selon lequel il n'y a ni crime, ni délit sans intention de le commettre, qu'elle ne crée ni présomption de culpabilité, ni inversion de la charge de la preuve ; qu'en conséquence, elle ne porte pas atteinte ni à la présomption d'innocence, ni au droit de la défense ».

¹⁴⁶⁰ Vincent Nioré, « D'une loi anti-casseurs défunte à une loi anti-bandes conformes à la Constitution : La résurrection... », précit., à la p. 9.

circonstance qui a élargi le pouvoir de détenir des manifestants. Précisément, l'article 6 de la loi du 10 avril 2019¹⁴⁶¹ a introduit l'article 431-9-1 dans le *Code pénal*¹⁴⁶² qui, on l'a déjà noté, a élargi la possibilité de reconnaître le délit de dissimulation de visage à l'occasion d'une manifestation. La dissimulation du visage était déjà réprimée à l'article R. 645-14 du *Code pénal*, sanctionnée par une contravention de 5^e classe. De plus, pour être qualifiée, la dissimulation devait se faire dans le but de ne pas être identifié. Le nouveau délit de dissimulation du visage à l'occasion d'une manifestation a une portée beaucoup plus étendue que la contravention. Alors que seule la dissimulation totale du visage et en vue de commettre des troubles à l'ordre public sans être identifié constituait une contravention, une dissimulation partielle du visage sans qu'il n'y ait besoin que la personne qui se cache ne commette des troubles à l'ordre public relève désormais du nouveau délit de dissimulation du visage.

Pour autant, le Conseil constitutionnel, qui a été saisi d'un recours de constitutionnalité *a priori*, a adopté une lecture tout à fait complaisante de sorte à privilégier le maintien d'une loi sécuritaire de circonstance plutôt que de garantir la liberté de manifestation. Le Conseil constitutionnel a considéré que ce délit était conforme à la Constitution et qu'il ne portait pas atteinte au droit d'expression collective des idées et des opinions mais sans procéder à un véritable contrôle¹⁴⁶³. De cette façon, à l'égard de lois sécuritaires restreignant la liberté de participer à une manifestation, le juge constitutionnel français apparaît davantage comme un organe de validation d'une volonté législative sécuritaire de circonstance que comme un organe de garantie des droits et des libertés.

¹⁴⁶¹ Loi n° 2019-290 du 10 avril 2019 *visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*

¹⁴⁶² Article 431-9-1 du *Code pénal* :

« Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, au cours ou à l'issue de laquelle des troubles à l'ordre public sont commis ou risquent d'être commis, de dissimuler volontairement tout ou partie de son visage sans motif légitime ».

¹⁴⁶³ Décision n° 2019-780 DC, 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, au considérant 33 :

« L'article 431-9-1 du Code pénal, qui ne méconnaît pas non plus le droit d'expression collective des idées et des opinions ou le principe de proportionnalité des peines ni aucune exigence constitutionnelle, est conforme à la Constitution ».

3. Des règlements municipaux de circonstance en droit canadien

Pendant les grèves étudiantes du printemps 2012, les organes provinciaux québécois ont adopté des normes visant à encadrer et à restreindre le droit de manifester. Certaines municipalités n'ont pas hésité à amender leurs règlements municipaux relatifs à la paix et l'ordre¹⁴⁶⁴, une attitude qui a largement contribué à permettre des arrestations de masse de manifestants. Dès lors, les circonstances particulières d'une contestation sociale justifient des règlements municipaux qui restreignent la libre participation à une manifestation mais qui sont envisagés en tant que limites raisonnables aux droits et libertés garanties dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*¹⁴⁶⁵.

Dans un échange avec la mairie le 12 novembre 1969, le directeur de la police de la ville de Montréal avait affirmé que son service était débordé par la fréquence des manifestations et que celles-ci s'accompagnaient souvent de violences, de vandalisme et de pillages. Il avait alors recommandé à l'administration « que des mesures préventives soient prises pour la protection de la population et pour sauvegarder la paix et l'ordre publics »¹⁴⁶⁶. Le même jour, le Conseil municipal a ainsi adopté le règlement n° 3926 intitulé *Règlement concernant certaines mesures exceptionnelles pour assurer aux citoyens la paisible jouissance de leurs libertés, régler l'utilisation du domaine public et prévenir les émeutes et autres troubles de l'ordre, de la paix et de la sécurité publics* (version initiale du « *Règlement P-6* ») et a voté une ordonnance

¹⁴⁶⁴ Voir notamment : Ville de Montréal, Règlement n° 12-024, *Règlement modifiant le Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public de la Ville de Montréal* (18 mai 2012) ; Ville de Québec, Règlement RVQ 1959, *Règlement modifiant le Règlement sur la paix et le bon ordre relativement aux manifestations, assemblées, défilés et attroupements* (19 juin 2012) ; Ville de Gatineau, Règlement 42-2003, *Règlement concernant le maintien de la paix publique et du bon ordre sur le territoire de la Ville de Gatineau* (10 juillet 2003) ; Ville de Gatineau, Règlement 300-2006, *Règlement concernant la circulation et le stationnement dans les limites de la ville de Gatineau*; Ville de Saguenay, Règlement VS-R-2007-49, *Règlement relatif à la paix et au bon ordre dans la ville de Saguenay* (9 décembre 2007)

¹⁴⁶⁵ *Aubert-Bonn c. Montréal (Ville de)* [2007] QCCS 494 (CanLII), au para. 32.

¹⁴⁶⁶ *Dupond c. Ville de Montréal et autres*, [1978] 2 R.C.S 770 pp.785-787.

interdisant toute manifestation pour une période de trente jours¹⁴⁶⁷. Un tel règlement municipal pris dans un contexte de mobilisation sociale révèle une volonté non dissimulée d'élargir les pouvoirs d'arrestation des policiers afin qu'ils puissent plus facilement procéder à la détention de manifestants. L'article 7 du *Règlement municipal* prévoit, en effet, que :

« Quiconque participe à une assemblée, défilé ou attroupement tenus en violation du présent règlement ou contrevient autrement, de quelque manière à l'une des dispositions du présent règlement, est passible d'un emprisonnement ou d'une amende (...) ».

Dans l'arrêt *Dupond* rendu en 1978, la Cour suprême canadienne a confirmé, à la majorité sous la plume du juge Beetz, la constitutionnalité d'un tel texte en posant le principe selon lequel un règlement municipal qui réprime une conduite désordonnée et tumultueuse a un caractère purement local. Précisément, selon les juges canadiens, le règlement en question n'empiétait pas sur les compétences du pouvoir fédéral en matière de droit criminel parce que son objet, de caractère préventif, était la préservation de la paix publique et qu'il visait une matière de nature purement locale relevant de la province. De plus, l'article 92 (15) de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* octroie une compétence aux provinces pour prévoir des sanctions par voie d'amende, pénalité ou emprisonnement dans le but de faire exécuter toute loi provinciale. Ainsi, les municipalités disposent du pouvoir de compléter la législation fédérale dans le cadre de l'exercice de leurs propres compétences en prévoyant des infractions réglementaires interdisant les assemblées, défilés et attroupements mettant en danger la tranquillité, la paix ou l'ordre publics. En l'espèce, l'ordonnance d'interdiction de manifester durant trente jours dans toute la ville de Montréal et le règlement sur lequel elle se fondait n'étaient pas *ultra vires* en ce qu'ils entraient dans les pouvoirs de la municipalité.

Malgré sa nature dite « exceptionnelle », ce règlement et ces diverses moutures est demeuré en vigueur jusqu'en 2019¹⁴⁶⁸, ce qui a pendant longtemps permis de donner

¹⁴⁶⁷ Ibid., aux p. 782-785.

¹⁴⁶⁸ Communiqué de la Ligue des droits et libertés pour diffusion immédiate, « Abrogation de P-6. Victoire pour le droit de manifester et la liberté d'expression à Montréal » Montréal, 13 novembre 2019.

une large base juridique aux arrestations massives de manifestants¹⁴⁶⁹. Toutefois, l'arrêt *Dupond* qui avait confirmé la constitutionnalité du règlement municipal s'inscrivait dans un système constitutionnel canadien jadis dépourvu de droits et libertés de valeur supra-législative. Cependant, même si la Cour suprême avait validé la compétence de la municipalité pour élargir les infractions d'attroupement illégal, ce qui a eu pour conséquence d'accroître le pouvoir d'arrestation des policiers en contexte de manifestation, la compatibilité d'une telle réglementation avec les droits et libertés consacrés à partir de 1982 par la *Charte canadienne* était devenue douteuse.

En 2004, à l'occasion d'une manifestation organisée en contestation de la tenue du congrès du parti libéral du Québec, 200 manifestants ont été encerclés, fouillés, menottés et arrêtés par les agents des services de police de la Ville de Montréal sur le fondement de l'article 2 du *Règlement P-6*¹⁴⁷⁰. Malgré l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, les tribunaux québécois n'avaient jusqu'alors pas considéré opportun de se dissocier de la jurisprudence *Dupond* de 1978. Ainsi, les restrictions qui ont pu être apportées à la libre participation à une manifestation ont été validées par les cours provinciales québécoises qui ont considéré que celles notamment posées par ce règlement n'étaient pas excessives et ne violaient pas de façon déraisonnable les libertés d'expression et de réunion pacifiques¹⁴⁷¹.

En 2012, ce règlement municipal a subi une modification majeure dans le contexte des grèves étudiantes contre la hausse des frais de scolarité¹⁴⁷². De la même manière que lors de son adoption en 1969, les nouvelles dispositions réglementaires relatives à l'itinéraire d'une manifestation et au port de masque sont aussi des mesures

Le règlement a finalement été abrogé le 17 décembre 2019 (voir *Règlement 19-058* https://ville.montreal.qc.ca/documents/Adi_Public/CM/CM_PV_ORDI_2019-12-16_13h00_FR.pdf).

¹⁴⁶⁹ Rapport « Répression, discrimination et grève étudiante. Analyse et témoignages », op. cit.

¹⁴⁷⁰ *Règlement P.6*, article 2 :

« Les assemblées, défilé, ou attroupement qui mettent en danger la tranquillité, la sécurité, la paix ou l'ordre public sont interdits sur les voies et places publiques et dans les parcs ou autres endroits du domaine public de la Ville ».

¹⁴⁷¹ *Aubert-Bonn c. Montréal (Ville de)* [2008] QCCA 950.

¹⁴⁷² Mentionnons également que le Règlement a été amendé en 2000 pour y inclure l'interdiction de transporter sur soi un objet contondant au cours d'une manifestation (article 3.1). Voir : Ville de Montréal, *Règlement 00-259, Règlement modifiant le Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public (P-6)*.

de circonstance qui ont été adoptées dans un climat agité. Dans son rapport, la Commission de la sécurité publique a effectivement affirmé qu'elle avait entrepris le processus de modification du *Règlement P-6* en raison de l'intensification des manifestations étudiantes et sociales au printemps 2012¹⁴⁷³. Elle a en particulier souligné que la ville faisait face à une situation exceptionnelle et que les modifications réglementaires avaient pour but de fournir un outil supplémentaire aux policiers afin de leur permettre d'agir préventivement, d'éviter les débordements et d'empêcher le vandalisme¹⁴⁷⁴. En prévoyant l'obligation de divulguer aux policiers l'itinéraire de toute manifestation et l'interdiction du port du masque, la municipalité élargissait une fois de plus, à travers cet amendement du règlement municipal, le pouvoir d'arrestation de manifestants. En effet, une telle obligation de déclarer l'itinéraire au préalable a eu pour conséquence que la plupart des manifestations sont tombées sous le coup de l'infraction réglementaire justifiant des arrestations massives. On a assisté à un renforcement du pouvoir d'arrestation des policiers qui ont pu détenir des personnes dissimulant leur visage à des fins expressives et sans intention de troubler l'ordre public¹⁴⁷⁵. Néanmoins, à l'inverse de l'interdiction de participer à une manifestation mettant en danger la tranquillité, la sécurité et l'ordre publics, les juges québécois ont estimé que de telles infractions portaient atteinte aux libertés d'expression et de réunion

¹⁴⁷³ Commission de la sécurité publique de la Ville de Montréal, *Projet de règlement modifiant le Règlement P-6*, à la p. 4. Rapport et recommandation, Montréal, 18 mai 2012 [en ligne: ville.montreal.qc.ca/pls/portal/docs/P_AGE/COMMISSIONS_PERM_V2_FR/MEDINDOCUMENT_S/RAPP_PROJET_P-6_20120518.PDF].

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*, à la p.10.

¹⁴⁷⁵ Julien Villeneuve, professeur de philosophie opposé à la hausse des droits de scolarité et partisan de la gratuité scolaire avait fait le choix de se déguiser en panda géant dans le but d'encourager la diffusion de son message de paix. Son déguisement permettait de protéger les manifestants des charges policières et avait aussi pour but de pacifier les relations entre policiers et manifestants. Cependant, lors d'une manifestation à Montréal, la police lui confisqua la tête de son déguisement et il reçut une contravention pour avoir participé à une manifestation le visage masqué. Julien Villeneuve est à l'origine du recours qui invalida la disposition du règlement municipal interdisant le port de masque (arrêt *Villeneuve c. Montréal (Ville de)* [2016] QCCS 2888).

de manière injustifiée¹⁴⁷⁶, notamment parce qu'elles permettaient un pouvoir d'arrestation excessif, déraisonnable et arbitraire¹⁴⁷⁷.

L'abrogation du *Règlement P-6* a été l'une des mesures phares prises par la mairesse de Montréal en poste depuis 2017, Valérie Plante, qui a estimé que les policiers disposaient d'« outils législatifs » suffisants pour intervenir lors des rassemblements au-delà de ceux prévus par le règlement¹⁴⁷⁸. Néanmoins, les tribunaux provinciaux ont eu plusieurs fois l'occasion de montrer qu'ils pensaient le contraire. De cette façon, il n'est pas exclu que les municipalités québécoises adoptent de nouveau des réglementations élargissant le pouvoir d'arrestation de manifestants en période de contestations sociales.

B. La criminalisation de la participation à une manifestation par les pratiques policières

1. La criminalisation de la participation à une manifestation par le profilage politique

Les systèmes juridiques espagnol, français ou canadien ne reconnaissent pas l'existence d'un droit d'arrestation sans fondement légal. En effet, aucune constitution moderne ne saurait omettre le principe de légalité des peines. C'est en ce sens que l'article 5 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* indique que :

« 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de liberté sauf dans les cas suivants et selon les voies légales ».

¹⁴⁷⁶ Voir : *Villeneuve c. Montréal (Ville de)* [2016], *ibid.*, au para. 519 ; *Villeneuve c. Montréal* [2018] QCCA 321, au para. 109.

¹⁴⁷⁷ *Villeneuve c. Montréal (Ville de)* [2016], *ibid.*, au para. 497.

¹⁴⁷⁸ Judith Lachapelle, « Manifestations : Montréal va abroger le règlement P-6 », *La Presse*, 13 novembre 2019 [en ligne : <https://www.lapresse.ca/actualites/grand-montreal/2019-11-13/manifestations-montreal-va-abroger-le-reglement-p-6>]. Le règlement a finalement été abrogé le 17 décembre 2019 (voir *Règlement 19-058* https://ville.montreal.qc.ca/documents/Adi_Public/CM/CM_PV_ORDI_2019-12-16_13h00_FR.pdf).

On retrouve pareille consécration à l'article 8 de la *Déclaration des droits de l'Homme*¹⁴⁷⁹ et à l'article 17.1 de la *Constitution espagnole*¹⁴⁸⁰. Lorsqu'une personne se voit privée de sa liberté sans base légale, il s'agit d'une arrestation arbitraire. Or, les arrestations arbitraires sont incompatibles avec l'État de droit et c'est à ce titre qu'elles sont expressément interdites par l'article 9 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁴⁸¹. Dans le système constitutionnel canadien, l'article 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁴⁸² garantit également une protection contre les détentions arbitraires. En droit canadien, que ce soit en vertu des pouvoirs accessoires de police de la *common law* ou des pouvoirs d'arrestation prévus par le *Code criminel*, il n'est pas possible de détenir une personne sans qu'il n'y ait de motifs raisonnables de croire qu'il existe un « risque réel de préjudice imminent ». En vertu du principe de légalité des peines, les arrestations doivent reposer sur des fondements objectifs permettant de soupçonner qu'une personne a commis une infraction. Dès lors, les arrestations qui se fondent sur un simple soupçon, une spéculation, un pressentiment, une supposition ou une intuition d'un policier sont arbitraires. Un trop grand pouvoir discrétionnaire d'arrestation des policiers est susceptible d'entraîner des arrestations arbitraires qui ne poursuivent pas un objectif juridiquement fondé. C'est le cas lorsque des arrestations visent à sanctionner des personnes parce qu'elles veulent exercer une liberté fondamentale comme celle de manifester son opinion dans la rue. Un pouvoir d'arrestation trop discrétionnaire porte un risque important de détournement de son utilisation aux fins de criminaliser la participation à une manifestation, voire un

¹⁴⁷⁹ *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, article 8 :

« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

¹⁴⁸⁰ *Constitution espagnole*, version française, article 17-2 :

« La garde à vue ne pourra pas durer plus que le temps strictement nécessaire pour réaliser les vérifications tendant à l'éclaircissement des faits et, en tout cas le détenu devra être mis en liberté ou à la disposition de l'autorité judiciaire dans le délai maximum de soixante-douze heures ».

¹⁴⁸¹ *Pacte international des droits civils et politiques*, article 9-1 :

« Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs, et conformément à la procédure prévue par la loi ».

¹⁴⁸² *Charte canadienne des droits et libertés*, article 9 :

« Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires ».

mouvement de contestation entier. C'est effectivement ce qu'il a été possible d'observer en France, en Espagne ou au Canada durant les récentes grandes mobilisations sociales.

Au Québec, les manifestations contre la hausse des frais de scolarité qui ont eu lieu au printemps 2012 et se sont poursuivies jusqu'à l'été 2012 ont coïncidé avec le Grand Prix automobile du Canada se tenant à Montréal. Afin d'assurer le bon déroulement de cet évènement sportif internationalement connu, de nombreux manifestants ont été préventivement arrêtés du seul fait de porter un « carré rouge » permettant de présumer des intentions criminelles¹⁴⁸³. En réalité, la seule intention qui pouvait être supposée à partir de cette marque distinctive était celle d'un désaccord avec la décision gouvernementale d'augmenter drastiquement les frais de scolarité. Ce signe rassembleur semble pourtant avoir été l'élément déclencheur de nombreuses arrestations de manifestants au cours de ce mouvement social¹⁴⁸⁴.

De la même manière, lors d'une visite du président français Emmanuel Macron en Normandie en janvier 2019, pour le lancement du « grand débat » avec des élus nationaux afin de répondre à la contestation des « gilets jaunes » qui s'était développée dans toute la France depuis novembre 2018, certains sympathisants du mouvement social sur place ont été sommés par les gendarmes de retirer leur gilet jaune sous peine de se rendre coupables de l'infraction de participation à une manifestation

¹⁴⁸³ À cette occasion, deux journalistes ont tenté l'expérience de porter un carré rouge en se rendant sur le site du Grand Prix automobile, le parc Jean Drapeau, qui restait, malgré la tenue de l'évènement, un lieu public. Voir : Catherine Lalonde, Raphaël Dallaire Ferland, « Carrés rouges, vos papiers ! », *Le Devoir*, 11 juin 2012 [en ligne].

¹⁴⁸⁴ Voir : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Résolution CP-685.37, 2 juin 2015. Après une enquête de trois ans, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a conclu que la police de Québec avait arrêté des dizaines de manifestants pacifiques pour la simple raison qu'ils portaient un carré rouge au cours de la contestation sociale du printemps 2012.

interdite¹⁴⁸⁵¹⁴⁸⁶, laissant ainsi croire que le port d'un signe revendiquant une opinion puisse être le point de départ d'un délit ou d'une infraction. Les nombreux appels à ne pas porter de gilet jaune pour se rendre à des manifestations¹⁴⁸⁷ afin d'éviter de tomber sous le coup du délit d'attroupement ou du délit de participation à un groupement en vue de commettre des violences témoignent d'une utilisation des pouvoirs de police à des fins de criminalisation de l'adhésion à un mouvement social. En effet, on peut parler de criminalisation lorsque des policiers présumant que la participation à une manifestation avec un signe distinctif prouvant l'adhésion à un mouvement de contestation constitue un acte criminel.

Cette criminalisation des contestations sociales ne semble épargner ni les journalistes¹⁴⁸⁸ ni les observateurs indépendants¹⁴⁸⁹ bien que ces derniers disposent d'un motif légitime d'informer sur les contestations sociales et les pratiques policières

¹⁴⁸⁵ Voir : Les décodeurs, « Porter un gilet jaune peut-il valoir 135 euros d'amende ? », Le Monde, 15 janvier 2019 [en ligne : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2019/01/15/porter-un-gilet-jaune-peut-il-valoir-135-euros-d-amende_5409548_4355770.html] ; Clémence Barral, « Pourquoi certains "gilets jaunes" défilent dorénavant sans gilet jaune », Le Figaro, 22 septembre 2019 [en ligne : <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/pourquoi-certains-gilets-jaunes-defilent-dorenavant-sans-gilet-jaune-20190922>].

¹⁴⁸⁶ À cet égard, il est intéressant de rappeler que les opposants à l'ouverture du droit au mariage pour les couples homosexuels avaient rencontré le même type de problèmes en 2013 avec leur sweat-shirt du collectif de la « Manif pour tous ». Voir : Delphine de Mallevoüe, « Procès-verbaux en série pour le port du sweat-shirt de la Manif pour tous » [en ligne : <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/2013/04/08/01016-20130408ARTFIG00579-proces-verbaux-en-serie-pour-le-port-du-sweat-shirt-de-la-manif-pour-tous.php>].

¹⁴⁸⁷ Clémence Barral, « Pourquoi certains "gilets jaunes" défilent dorénavant sans gilet jaune », op. cit.

¹⁴⁸⁸ Voir : Agence Française de presse, « Gilets jaunes : RSF [Reporters sans frontière] et le SNJ [Syndicat national des journalistes] dénoncent les arrestations de journalistes », Libération, 21 avril 2019 [en ligne : https://www.liberation.fr/france/2019/04/21/gilets-jaunes-rsf-et-le-snj-denoncent-les-arrestations-de-journalistes_1722629] « Gilets jaunes : RSF appelle les forces de l'ordre à respecter les règles élémentaires de la liberté de la presse », 26 avril 2019 [en ligne : <https://rsf.org/fr/actualites/gilets-jaunes-rsf-appelle-les-forces-de-lordre-respecter-les-regles-elementaires-de-la-liberte-de-la>]; Service Check News, « Le journaliste de "Brut" Rémy Buisine a-t-il été arrêté pour port d'un masque à gaz ? », Libération, 9 janvier 2020 [en ligne : https://www.liberation.fr/checknews/2020/01/09/le-journaliste-de-brut-remy-buisine-a-t-il-ete-arrete-pour-port-d-un-masque-a-gaz_1772077] ; Voir également : Rapport « Répression, discrimination et grève étudiante. Analyse et témoignages », op. cit., à la p. 11.

¹⁴⁸⁹ Communiqué de presse de la Ligue des droits de l'Homme, « Une observatrice de la Ligue des droits de l'Homme de nouveau arrêtée pour avoir exercé sa mission d'observation des pratiques policières ! », Montpellier, 21 septembre 2019 [en ligne : <http://site.ldh-france.org/ldh66/camille-halut-de-nouveau-arretee-cest-ligue-droits-de-lhomme-attaque/>].

les encadrant. Ainsi, au-delà de la criminalisation de la participation à une manifestation, on assiste également à une criminalisation de la liberté d'informer sur celle-ci. Cela traduit, plus généralement, une volonté de criminaliser tout mouvement social.

Dès lors, des personnes sont susceptibles d'être arrêtées simplement parce qu'il est possible de présumer leur intention d'exercer leur droit fondamental de manifester du fait de porter un signe reconnaissable ou en raison de la présence d'objets présumant l'intention d'informer sur les pratiques policières en matière de gestion de l'ordre public dans le cadre de manifestations. Par ailleurs, ces dernières années au Canada, particulièrement dans un contexte de fortes contestations sociales, on a vu émerger une nouvelle notion : le profilage politique¹⁴⁹⁰. À partir de la définition du profilage racial¹⁴⁹¹ qui peut être entendu comme le traitement différent réservé à certains individus en raison de leur appartenance ethnique, il est possible de définir le profilage politique comme le traitement différencié de personnes en raison de leurs convictions politiques¹⁴⁹². En considérant cette notion, l'élément déclencheur d'interventions policières telles que des arrestations apparaît discriminatoire si les policiers n'agissent pas en fonction des agissements illégaux qu'auraient commis les individus détenus mais sur la seule base des convictions politiques de ces derniers telles que les forces de l'ordre les présumant¹⁴⁹³. Dans ce cas, l'absence de lien direct entre les arrestations et les agissements des individus appréhendés en fait des détentions arbitraires. Un tel emploi du pouvoir d'arrestation est une utilisation non seulement détournée de celui-ci

¹⁴⁹⁰ Voir : Francis Dupuis-Déri, « Émergence de la notion de "profilage politique" : répression policière et mouvements sociaux au Québec » *Politique et société* 33 (2014) 31-56 ; Lucie Lemonde, « La répression ciblée du droit de manifester au Québec », dans Chaire Louis Favoreu, Aurélie Duffy-Meunier, Thomas Perroud, *La liberté de manifestation dans l'espace public*, extrait du colloque international organisé dans le cadre de la Chaire Louis Favoreu, Aix en Provence, Faculté de droit et de science politique, 18 et 19 mars 2016, spécialement aux pages 54 et s.

¹⁴⁹¹ Sur ce sujet, voir : *Ligue des Noirs du Québec c. Ville de Montréal* [2019] QCCS 3319.

¹⁴⁹² Lucie Lemonde, « La répression ciblée du droit de manifester au Québec », dans Chaire Louis Favoreu, Aurélie Duffy-Meunier, Thomas Perroud, *La liberté de manifestation dans l'espace public*, extrait du colloque international organisé dans le cadre de la Chaire Louis Favoreu, Aix en Provence, Faculté de droit et de science politique, 18 et 19 mars 2016, p.54-55.

¹⁴⁹³ Ibid.

mais est surtout incompatible avec les libertés d'expression et de réunion pacifique constitutionnellement garanties qui se retrouvent ainsi niées. En effet, s'il existe un droit fondamental de manifester au sein d'un système juridique, la simple expression d'une intention d'y participer en arborant un signe distinctif ne devrait pas pouvoir constituer, à elle seule, un motif d'arrestation.

2. La difficile application des garanties juridiques contre ces pratiques criminalisantes

La première difficulté de l'application effective de garanties juridiques à ces pratiques contestables réside dans l'accès limité aux tribunaux. En effet, les arrestations massives en contexte de manifestation donnent fréquemment lieu à des classements sans suite, autrement dit « non poursuivables », fondés sur le principe d'opportunité des poursuites qui, en droit français, est posé à l'article 40-1 du *Code de procédure pénale*¹⁴⁹⁴ en vertu duquel le procureur de la République est tout à fait libre d'engager ou non des poursuites judiciaires¹⁴⁹⁵. Ainsi, des 10 000 gardes à vue réalisées dans le cadre des manifestations du mouvement des « gilets jaunes », seulement un peu plus de la moitié ont donné lieu à des poursuites judiciaires¹⁴⁹⁶. À ceci s'ajoute le cantonnement de manifestants dans des « nasses » qui n'a donné lieu à aucun procès-verbal, une lacune qui rend toute contestation difficile, voire impossible. De la même manière, la plupart des personnes qui ont été arrêtées à l'occasion des manifestations qui ont eu lieu en protestation contre le sommet international du G20 à Toronto en 2010

¹⁴⁹⁴ Article 40 -1 du *Code de procédure pénale* :

« Lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun :

1. Soit d'engager des poursuites ;
2. Soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-1-2 ou 41-2 ;
3. Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient ».

¹⁴⁹⁵ Roger Merle, André Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome II, 4^e éd., Paris, Edition Cujas, 1989, à la p. 331.

¹⁴⁹⁶ Elise Vincent, « "Gilets jaunes" : 10000 gardes à vue, 3100 condamnations... une réponse pénale sans précédent », *Le Monde*, 8 novembre 2019 [en ligne : https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/11/08/gilets-jaunes-plus-de-3-000-condamnations-par-la-justice-entre-novembre-2018-et-juin-2019_6018431_3224.html].

ont été relâchées après avoir été détenues sans aucune accusation tandis que pour d'autres manifestants les accusations ont été retirées et des arrêts de procédures ont été ordonnés¹⁴⁹⁷.

Pourtant l'un des principes fondamentaux que doit respecter le recours à la détention réside dans le *fumus boni iuris* qui renvoie à la probabilité de succès sur le fond de l'affaire. Autrement dit, une détention est légale seulement si elle porte en elle une forte présomption que la personne détenue ait bien commis le délit reproché. À défaut, la détention est susceptible d'être reconnue comme arbitraire. Or, en contexte de manifestation, les forces de police peuvent faire fi de ce principe en recourant à la détention à des fins de maintien de l'ordre ; une pratique détournée du pouvoir d'arrestation de fait encouragée étant donné la rareté des poursuites, donc des jugements, contre ces agissements.

De plus, pour les rares litiges arrivant devant les juges, il est difficile de qualifier une arrestation d'arbitraire lorsque celle-ci peut légalement être fondée sur des délits qui trouvent largement application en contexte de manifestation. C'est le cas du délit de participation à un attroupement illégal permettant une généralisation de l'intention criminelle. De plus, les délits d'attroupement de l'article 63 du *Code criminel canadien* et de l'article 431-3 du *Code pénal français*, ainsi que le délit de sédition de l'article 544 du *Code pénal espagnol*, permettent d'incriminer la participation à un attroupement susceptible de troubler l'ordre public. Une telle présomption peut reposer sur des troubles à l'ordre public provoqués par des manifestations antérieures. Autrement dit, lorsqu'une manifestation s'inscrit dans un mouvement social durant lequel il a été observé des attroupements illégaux, il est possible d'établir un lien entre la simple participation à une manifestation et un acte criminel. Ainsi, des manifestants peuvent être arrêtés au motif de leur participation à une manifestation s'inscrivant dans

¹⁴⁹⁷ Selon le Rapport « Répression, discrimination et grève étudiante. Analyse et témoignages », op. cit., à la p. 4 :

« 96 % des personnes arrêtées au G20 ont été innocentées ou ont vu leurs accusations tombées. Sur 1105 personnes arrêtées, 800 ont été relâchées après détention sans aucune accusation, 150 accusations ont été retirées et des arrêts de procédure ont été ordonnés dans plusieurs cas ».

un mouvement social durant lequel certains rassemblements ont pu dégénérer en attroupements illégaux ou en émeutes. Au-delà du fait que des manifestations troublant l'ordre public peuvent avoir pour conséquence de criminaliser un mouvement social entier et de condamner à l'illégalité toute participation à des manifestations ultérieures se proclament dudit mouvement social, il est important de signaler que ce pouvoir de criminaliser l'exercice du droit fondamental de manifester demeure entièrement entre les mains des forces de l'ordre.

Afin d'éviter de doter la police d'un tel pouvoir de criminalisation de la contestation sociale en principe propre aux régimes autoritaires, les tribunaux canadiens ont eu l'occasion de se prononcer en défaveur d'une interprétation extensive du pouvoir d'arrestation en contexte de manifestation. En effet, pour les juges canadiens, le simple soupçon ou la supposition subjective d'un agent de police considérant qu'une personne pourrait être impliquée dans l'exercice d'une activité criminelle ne suffit pas à justifier son arrestation. Cette suspicion de l'agent doit être objectivement raisonnable, c'est-à-dire fondée sur des faits objectifs indiquant l'imminence d'une violation de la paix. C'est en ce sens que la légalité des arrestations préventives réalisées lors du sommet du G20 à Toronto en 2010 a été contestée. Dans le cadre de l'arrêt *Puddy*¹⁴⁹⁸, la Cour provinciale de l'Ontario a, en l'espèce, déclaré que procéder à des arrestations préventives pendant des manifestations équivalait à pénaliser la dissidence¹⁴⁹⁹. En effet, la Cour a reconnu qu'une trop grande discrétion donnée aux policiers pour juger ce qui constitue ou non une violation de la paix risque de « criminaliser la dissidence » et donc de porter atteinte aux libertés d'expression et de manifestation¹⁵⁰⁰. Or, dans une société libre et démocratique, le pouvoir d'arrestation doit être exercé dans le respect des droits fondamentaux constitutionnellement reconnus comme les libertés d'expression, d'association, et de

¹⁴⁹⁸ *R. c. Puddy* [2011] CanLII 399 (ON CJ).

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, au para. 44 :

“[Ce type d’arrestation] risks distorting the necessary if delicate balance between law the enforcement concerns for public safety and ordre, on the one hand, and individual rights and freedoms, on the other”.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*

réunion pacifique.

Les tribunaux canadiens apparaissent, en outre, de plus en plus vigilants à l'encontre des pratiques policières criminalisant l'appartenance à un groupe. Déjà en 1998, dans l'arrêt *Brown*¹⁵⁰¹, comme on l'a déjà relevé, la Cour d'appel de l'Ontario avait jugé la détention, entre cinq et vingt minutes, à un barrage routier sur le chemin menant au lieu de rencontre d'un groupe de motards comme étant abusive, car aucune violation de la paix n'était imminente. De plus, pour les juges provinciaux, la détention ne visait pas à prévenir une violation de la paix spécifiquement identifiable mais reposait sur l'appartenance présumée à un groupe. Ainsi, la violation de la paix fondant un pouvoir d'arrestation ne peut être constatée uniquement pour une simple appartenance ou adhésion à un groupe présumé violent par les policiers. Ce n'est qu'en présence d'un certain degré de violence et d'un véritable risque de préjudice qu'un pouvoir d'arrestation pourra légalement porter atteinte à la liberté d'un individu.

Plus récemment, la Commission des droits de la personne du Québec a accueilli une plainte en discrimination fondée sur les convictions politiques de manifestants arrêtés lors du mouvement social du printemps 2012 contre la hausse des frais de scolarité en considérant que :

« Le caractère féministe de la manifestation contre la hausse des frais de scolarité et le port du "carré rouge" ont été l'élément déclencheur de l'intervention policière ; considérant qu'il était reconnu au moment des événements que le port du "carré rouge" signifiait l'expression d'une idée en regard de l'accessibilité universelle à l'éducation supérieure et constituait l'expression de "convictions politiques" au sens de la Charte québécoise »¹⁵⁰².

La vigilance des tribunaux canadiens à l'égard des pratiques criminalisant l'exercice de la liberté de manifestation, notamment en période de grandes contestations sociales, contraste avec la « complicité » des magistrats français en matière de profilage politique des manifestants permettant un traitement juridique différencié selon leur appartenance à un groupe politique particulier.

¹⁵⁰¹ *Brown v. regional Municipality of Durham Police service Board*, précit.

¹⁵⁰² Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Résolution CP-685.37, précit.

Concernant les manifestations des « gilets jaunes » qui ont lieu tous les samedis durant plusieurs mois consécutifs, une note du procureur de la République adressée aux magistrats du parquet de Paris, intitulée « permanence gilets jaunes », a décliné de façon détaillée les conduites à tenir dans le cadre du traitement des procédures judiciaires liées à ces manifestations. Ainsi, il était préconisé de ne lever les gardes à vue que le samedi soir ou le dimanche matin « afin d'éviter que les intéressés ne grossissent à nouveau les rangs des auteurs de trouble » alors même qu'aucune poursuite n'était retenue contre eux. Le procureur de la République de Paris est même allé jusqu'à recommander un fichage des personnes interpellées en cas de classement sans suite des dossiers¹⁵⁰³. Il va sans dire qu'une telle volonté d'établir un fichier de manifestants s'opposant au Gouvernement en place est une pratique incompatible avec une société démocratique.

La connivence du procureur de la République avec le Gouvernement dans ce cas a permis de procéder à des gardes à vue « préventives » ou « de confort » au nom de l'ordre public. Une fois de plus, l'absence d'indépendance du procureur de la République pose de sérieux problèmes en termes d'État de droit en général et de garantie de la liberté de manifestation en particulier. En effet, c'est sur réquisition du procureur de la République, à la demande des préfets et donc indirectement du Gouvernement, que peuvent être systématisés les contrôles d'identité et les fouilles de sacs susceptibles d'aboutir à des gardes à vue pour participation à un groupement préparant des violences. C'est notamment ce qu'il s'est passé lorsqu'à plusieurs centaines de kilomètres de Paris, un jour de manifestation dans la capitale, des personnes en possession d'un gilet jaune et d'un casque de chantier dans leurs véhicules ont été placées en garde à vue¹⁵⁰⁴. De cette manière, en France, on peut considérer que le

¹⁵⁰³ Voir : Communiqué de presse du Syndicat de la magistrature, « Le procureur de la République de Paris : le maillon faible des garants de la liberté individuelle ? », 25 février 2019 [en ligne : <http://www.syndicat-magistrature.org/Le-procureur-de-la-Republique-de-Paris-le-maillon-faible-des-garants-de-la.html>canard enchaîné 12 janvier 2019].

¹⁵⁰⁴ Cécile Bouanchaud, « À Lisieux, la justice annule des poursuites contre des "gilets jaunes" interpellés préventivement », Le Monde, 5 juin 2019 [en ligne :

détournement du pouvoir d'arrestation des policiers à des fins de maintien de l'ordre public semble se faire avec l'aval de l'autorité judiciaire sous tutelle gouvernementale.

Section 2. L'absence de garanties effectives à l'encontre de pratiques policières disproportionnées

Même dans les cas où les manifestants agissent de façon violente, l'usage de la force doit toujours demeurer nécessaire et proportionné. Dès lors, en cas de dispersions de manifestation ou d'arrestations de manifestants, les policiers doivent faire un usage de la force nécessaire et non disproportionnée pour contenir la situation et rétablir l'ordre public. Toutefois, le caractère légal des armes recensées pour contrôler et disperser la foule et le fait que leur utilisation peut affecter de manière indifférenciée toutes les personnes se trouvant au même endroit complique le respect du principe d'un usage nécessaire et proportionné de la force en contexte de manifestation (A).

En principe, les policiers qui font preuve d'un usage excessif de la force peuvent être reconnus pénalement responsables de leurs actes mais aussi être sanctionnés d'un point de vue disciplinaire, jusqu'à la révocation. Mais pour que cela soit effectivement possible, encore faut-il que l'obligation d'identification soit respectée par les policiers et que les organes de contrôle, aussi bien juridictionnels que disciplinaires, soient indépendants et ne subissent aucune pression politique (B).

A. L'impossible garantie effective des principes de nécessité et de proportionnalité de l'usage de la force en contexte de manifestation

1. Les principes de nécessité et de proportionnalité de l'usage de force

En droit canadien, l'article 25 du *Code criminel* prévoit que :

« 1. quiconque est, par la loi obligé ou autorisé à faire quoique ce soit dans l'application de la loi :

b) (...) à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public :
est, s'il s'agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables, fondé à accomplir ce qu'il est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin ».

https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/06/05/a-lisieux-les-poursuites-annulees-contre-des-gilets-jaunes-interpelles-le-8-decembre_5471860_3224.html].

Ce paragraphe autorise les policiers à employer la force nécessaire dans le cadre de l'exécution de leurs devoirs, toutefois cette disposition ne les met pas à l'abri de voir leur responsabilité engagée si la force qu'ils ont utilisée est jugée excessive¹⁵⁰⁵. Autrement dit, l'autorisation légale de procéder à une dispersion de manifestation ou à une arrestation implique le respect du principe de nécessité et ne donne certainement pas la permission aux agents de police d'utiliser une force excessive.

En vertu de l'article 104-2 de la *Constitution espagnole*, c'est une *ley organica* qui détermine et délimite les pouvoirs des forces de police et leur délimitation. Ainsi, l'article 23 de la *ley organica 4/2015* précitée octroie le pouvoir aux agents de police de faire usage de la force pour maintenir ou rétablir la sécurité des citoyens en contexte de manifestation, cependant cette compétence est délimitée par les principes de nécessité et de proportionnalité. L'article 5-2 c) de la *ley organica 2/1986* relative aux forces et corps de sécurité¹⁵⁰⁶ prévoit, par ailleurs, que l'exercice de leurs fonctions devra répondre à des décisions nécessaires en fonction du dommage à éviter. Pour ce faire, leur action devra être guidée par les principes de cohérence, d'opportunité et de proportionnalité des moyens à leur disposition.

En droit français, l'usage de la force par les autorités de police en contexte de manifestation, notamment lorsque celle-ci s'est transformée en attroupement, est prévu par l'article L. 211-9 du *Code de la sécurité intérieure*. Il est notamment disposé que :

« Les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement peuvent faire directement usage de la force si des violences ou voies de fait sont exercées contre eux ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent ».

Par ailleurs, L'article R. 211-13 du *Code de la sécurité intérieure* précise que :

« L'emploi de la force par les représentants de la force publique n'est possible que si les circonstances le rendent absolument nécessaire au maintien de l'ordre public dans les conditions définies par l'article L. 211-9. La force déployée doit être proportionnée au trouble à faire cesser

¹⁵⁰⁵ *Fleming c. Ontario*, précit., au para. 116.

¹⁵⁰⁶ *Ley organica 2/1986*, 13 mars 1986, de *fuerzas y cuerpos de seguridad*, article 5-2 c) :

“En el ejercicio de sus funciones deberan actuar con la decision necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un dano grave, inmediato e irreparable; rigiendose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilizacion de los medios a su alcance”.

et doit prendre fin lorsque celui-ci a cessé ».

Par conséquent, en présence d'un attroupement violent, les autorités de police peuvent recourir à la force pour le dissoudre. Pour autant, même dans les cas où les manifestants agissent de façon violente, l'usage de la force doit demeurer nécessaire et proportionné afin de contenir la situation et rétablir l'ordre public. C'est en ce sens que la Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé qu'à supposer même que le comportement de certains manifestants puisse justifier le recours à la force, le bien-fondé de la dispersion d'un rassemblement ne saurait suffire, en soi, à expliquer la gravité des coups portés à des participants au rassemblement en question¹⁵⁰⁷. De tels agissements de la part des autorités compétentes en matière de protection de l'ordre public tombent sous le coup de l'article 3 de la *Convention européenne* prohibant les traitements inhumains ou dégradants¹⁵⁰⁸. Autrement dit, un usage de la force, même lorsqu'il est justifié, peut porter atteinte au droit de la *Convention européenne* (directement applicable en droit interne français et espagnol), et être interdit dès lors qu'il est excessif et disproportionné. On retrouve pareille prohibition en droit canadien en vertu de l'article 12 de la *Charte canadienne* qui garantit à « chacun un droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». Le traitement des manifestants par les policiers est « cruel et inusité » au sens de la *Charte* lorsqu'il est exagérément disproportionné au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine¹⁵⁰⁹.

Ainsi, au nom du principe de nécessité, les forces de police doivent toujours utiliser la force de manière uniquement indispensable ; autrement dit, prendre des mesures autant que possible non violentes avant de recourir à la force. Par ailleurs, en vertu du principe de proportionnalité, lorsque l'usage légal de la force est inévitable, la

¹⁵⁰⁷ Voir, par exemple : *Güler et Ugur c. Turquie*, 10 janvier 2006, CEDH, 49391/99, au para 46 ; *Zülcihan Sahin et autres c. Turquie*, 2005, CEDH, 53147/99, au para. 54.

¹⁵⁰⁸ *Convention européenne*, article 3 :

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

¹⁵⁰⁹ Voir : *R. c. Caine* [2003] CSC 74 (CanLII), [2003] 3 RCS 571, au para. 159 citant *R. c. Morrissey* [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39, au para. 44.

police doit faire preuve de modération et agir de manière proportionnée à la gravité de la menace ou aux troubles à l'ordre public contre lesquels elle est censée lutter. De cette façon, lorsque les autorités de police visent la dispersion de rassemblements illégaux mais non violents, elles doivent éviter tout recours à la force. En effet, face à une manifestation pacifique, même lorsque celle-ci n'a pas été légalement déclarée ou a été interdite par les autorités, notamment selon les procédures prévues en droit français et espagnol, l'usage de la force sera difficilement considéré comme nécessaire et proportionné. D'autant que les agents des forces de l'ordre ont pour obligation, en tant que représentants de l'État, de respecter et de protéger les droits fondamentaux. Ainsi, en particulier en contexte de manifestation, ils sont tenus de prendre des mesures efficaces pour assurer la sécurité et les droits de tous les citoyens. C'est d'ailleurs dans le seul but d'anticiper les problèmes et d'identifier des solutions prenant en compte les droits des manifestants comme des non-manifestants que l'obligation de déclaration préalable d'une manifestation peut se justifier dans un État de droit. À cet égard, rappelons qu'en vertu de l'article 104-1 de la *Constitution espagnole* :

« Les forces et les corps de sécurité, sous l'autorité du gouvernement, [ont] pour mission de protéger le libre exercice des droits et libertés et de garantir la sécurité des citoyens ».

Ainsi, même si en droit espagnol seul le droit de manifester préalablement déclaré est consacré, l'absence de déclaration préalable ne sacrifie en rien le droit à la sécurité des participants dans le cadre d'une manifestation interdite ou non déclarée.

C'est en ce sens qu'il convient aussi d'entendre la théorie de l'obligation positive des États parties à la *Convention européenne* en matière de liberté de réunion pacifique. En effet, l'article 11 de ce texte - qui, on l'a vu, a une valeur supra-législative en droit français et espagnol - oblige les autorités compétentes françaises et espagnoles à prendre toutes les mesures nécessaires pour permettre la tenue d'une réunion pacifique. Il est possible d'en déduire l'exclusion d'un usage de la force à l'encontre de personnes manifestant leur opinion publiquement et pacifiquement. Même lorsqu'ils désobéissent à un ordre de dispersion, rien ne semble donc pouvoir justifier un recours à la violence à l'égard de manifestants pacifiques. En effet, on voit mal dans ce cas

comment l'usage de la force peut être nécessaire et proportionné. Ainsi, si le comportement pacifique ne permet pas d'écarter des sanctions pénales, en principe il permet aux manifestants pacifiques d'être à l'abri d'une action violente de la part des agents de police.

On peut dès lors considérer qu'en vertu des principes de nécessité et de proportionnalité de l'usage de la force, seule la violence des manifestants peut justifier celle de la police à leur rencontre.

2. Le difficile respect des principes de nécessité et de proportionnalité de l'usage de la force en contexte de manifestation

Dans le cadre d'une manifestation, l'usage de la force ne peut être proportionné aux agissements de chaque manifestant mais à ceux d'une foule en tant qu'entité collective. Ainsi, pour les manifestants pris individuellement, l'usage de la force est susceptible d'être disproportionné. À cet égard, certaines tactiques de maintien de l'ordre sont problématiques notamment lorsqu'elles impliquent l'usage d'armes visant à contrôler ou à disperser la foule. Parmi celles-ci, on peut mentionner les gaz lacrymogènes, les armes à énergie cinétique projetant des balles de plastique ou de caoutchouc, ou encore les grenades de désencerclement assourdissantes. L'usage de ces armes comme techniques de contrôle de la foule est caractérisé par le fait de ne pas pouvoir faire de distinction, de sorte à affecter de manière indifférenciée non seulement les personnes se livrant à des violences mais également des manifestants pacifiques, des journalistes, des observateurs indépendants ou encore de simples passants.

Outre la difficulté, voire l'impossibilité, de distinguer les manifestants pacifiques, sur lesquels l'usage de la force serait injustifié, des manifestants violents, à l'encontre desquels il est légitime et nécessaire, demeure le caractère superflu d'une telle distinction dès lors que la force peut aussi légalement être utilisée à l'égard de manifestants pacifiques. En effet, en droit français et espagnol, recourir à la force est autorisé en l'absence d'obéissance à un ordre de dispersion indépendamment du caractère pacifique ou non des manifestants. Si l'article 23 de la *ley organica 4/2015*

espagnole¹⁵¹⁰ et l'article 431-3 du *Code pénal français*¹⁵¹¹ prévoient la possibilité de faire usage de la force sans sommation en cas de violences, ces deux dispositions mentionnent également la possibilité d'y recourir après sommations. Dans pareil cas, l'usage de la force ne se fonde pas sur la présence d'actes violents de la part des manifestants mais sur le simple refus de ces derniers de se disperser. Autrement dit, la désobéissance à l'ordre de dispersion, même lorsqu'elle s'accompagne d'une attitude pacifique, peut légalement entraîner l'usage de la force. Or, dans pareille situation, il demeure un doute quant à la nécessité et la proportionnalité d'un tel recours à la manière forte.

En principe, comme le précise d'ailleurs l'article 23.2 de la *ley organica 4/2015*¹⁵¹², l'ordre de dispersion d'une manifestation doit être pris en dernier recours. À cette disposition s'ajoute l'article 540 du *Code pénal espagnol* qui sanctionne le fait, pour les autorités compétentes, d'interdire ou de dissoudre une manifestation en dehors

¹⁵¹⁰ *Ley organica 4/2015*, précit., article 23, *Reuniones y manifestaciones* :

“1. Las autoridades a las que se refiere esta ley adoptaran las medidas necesarias para proteger la celebracion de reuniones manifestaciones impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana. Asimismo podran acordar la disolucion de reuniones en lugares de transito publico y manifestaciones en los supuestos previstos en el articulo 5 de la ley organica 9/1983, de 15 julio, reguladora del derecho de reunión.

(...)

2. Las medidas de intervencion para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones seran graduales y proporcionadas a las circunstancias. La disolucion de reuniones y manifestaciones constituira el ultimo recurso.

3. Antes de adoptar las medidas a las que se refiere el apartado anterior, las unidades actuantes de las fuerzas y cuerpos de seguridad deberan avisar de tales medidas a las personas afectadas, pudiendo hacerlo de manera verbal si le urgencia de la situacion lo hiciera imprescindible.

En caso de que se produzca una alteracion de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos, las fuerzas y cuerpos de seguridad podran disolver la reunion o manifestacion o retirar los vehiculos y obstaculos sin necesidad de previo aviso”.

¹⁵¹¹ Article L. 211-9 du *Code de la sécurité intérieure* :

« Un attroupement, au sens de l'article 431-3 du Code pénal, peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser demeurées sans effet, adressées, lorsqu'ils sont porteurs des insignes de leur fonction, par :

1- Le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police ;

2- Sauf à Paris, le maire ou l'un de ses adjoints ;

3- Tout officier de police judiciaire responsable de la sécurité publique, ou tout autre officier de police judiciaire.

Il est procédé à ces sommations suivant des modalités propres à informer les personnes participant à l'attroupement de l'obligation de se disperser sans délai. Toutefois, les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement peuvent faire directement usage de la force si des violences ou voies de fait sont exercées contre eux ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent.

Les modalités d'application des alinéas précédents sont précisées par un décret en Conseil d'État, qui détermine également les insignes que doivent porter les personnes mentionnées aux 1 et 3 et les conditions d'usage des armes à feu pour le maintien de l'ordre public ».

¹⁵¹² *Ley organica 4/2015*, précit., article 23-2 :

“Las medidas de intervencion para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones seran draduales y proporcionadas a las circunstancias. La disolucion de reuniones y manifestaciones constituira el ultimo recurso”.

des cas prévus par la loi¹⁵¹³. De son côté, l'article 432-4 du *Code pénal français* réprime :

« le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner ou d'accomplir arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle ».

Or, un ordre de dispersion pouvant fonder un usage de la force excessif et disproportionné au vu du comportement pacifique des manifestants est susceptible de porter atteinte à la liberté individuelle des manifestants pacifiques refusant de se disperser. Malgré tout, le pouvoir d'ordonner la dispersion d'une manifestation demeure entièrement soumis à l'appréciation des forces de police en vertu de leur pouvoir de maintien de l'ordre. Dès lors, elles demeurent compétentes pour faire usage de la force à l'encontre de manifestants refusant d'obéir à l'ordre de dispersion même s'ils demeurent pacifiques.

Pour autant, le principe d'un usage de la force nécessaire et proportionné est d'autant plus difficile à respecter à l'encontre des manifestants pacifiques lorsque l'on connaît les armes létales utilisées en matière de gestion de l'ordre public en contexte de manifestation. Parmi celles-ci figurent les grenades lacrymogènes instantanées, les grenades de désencerclement, ou encore les lanceurs de balles de défense. Ces armes, initialement qualifiées de non létales, ont dû changer de nom et sont désormais appelées « armes à létalité réduite » du fait des nombreux morts qu'elles ont finalement causés. Le recours aux grenades de désencerclement et l'usage de lanceurs de balles peuvent aussi causer de graves blessures¹⁵¹⁴ telles que la perte d'un œil¹⁵¹⁵, la perte de plusieurs

¹⁵¹³ Article 540 du *Code pénal espagnol* :

“La autoridad o funcionario publico que prohíba una reunion o la disuelva fuera de los casos expresamente permitidos por las leyes, sera castigado con la pena de inhabilitacion especial para empleo o cargo publico de cuatro a ocho anos y multa de seis a nueve meses”.

¹⁵¹⁴ Voir : Karl Laske, « Répression des gilets jaunes : l'avertissement du Conseil de l'Europe », Médiapart, 26 février 2019.

¹⁵¹⁵ Voir : Rapport, « Répression, discrimination et grève étudiante. Analyse et témoignages », à la p. 9 ; Un homme a perdu l'usage d'un œil en raison d'une grenade assourdissante lancer dans la foule par un agent du SPVM le 7 mars 2012.

dents¹⁵¹⁶ ou des traumatismes crâniens¹⁵¹⁷. Par ailleurs, dans le cadre d'une manifestation, les tirs de balles ou de grenades ne peuvent être utilisés pour contraindre certains individus spécifiques à cesser de se livrer à des violences sans présenter le risque d'en blesser d'autres à proximité dès lors que la trajectoire des projectiles est imprévisible lorsque les tirs se font contre une foule. De tels projectiles, lorsqu'ils atteignent la personne à la tête, au visage ou à la partie supérieure du torse, sont susceptibles d'occasionner de graves blessures irréversibles, voire la mort, de sorte à porter atteinte non seulement aux principes de nécessité et de proportionnalité délimitant les pouvoirs des forces de police mais surtout au respect du droit à la vie et à l'intégrité personnelle. Ainsi, le 26 octobre 2014, un manifestant écologiste français a été tué par un tir de grenade offensive dans le cadre d'une opération de maintien de l'ordre lors d'une manifestation du fait de sa présence près d'un groupe de manifestants violents. Le 7 mai 2019, la chambre criminelle de la Cour de cassation a cependant rejeté le pourvoi déposé par la famille de la victime à l'encontre de l'ordonnance de non-lieu prononcée le 8 janvier 2018 par le tribunal de grande instance de Toulouse. Cette ordonnance suivait l'avis du procureur de la République de Toulouse qui avait requis un non-lieu en considérant que :

« S'il n'était pas contestable que le lancer de la grenade était volontaire, il était en revanche exclu par les éléments de procédure que les conséquences de ce lancer à savoir le décès de Rémi Fraisse aient été voulues par son auteur. Il s'en suit que les faits, objet de la présente procédure, ne sauraient recevoir la qualification de meurtre en l'absence d'intention d'homicide ».

Malgré une autopsie qui a révélé un lien direct incontestable entre la mort du manifestant et le lancer d'une grenade défensive, pour les juges d'instruction du TGI de Toulouse, au regard de l'intensité croissante de la menace durant cette manifestation, le gendarme qui l'avait tirée avait agi conformément à l'article R. 211-13 du *Code de la sécurité intérieure*¹⁵¹⁸. Autrement dit, il a été considéré que l'agent en cause avait

¹⁵¹⁶ Mathieu Boivin, « Une étudiante de l'Université Laval blessée en plein visage à Victoriaville », Le Soleil, 9 mai 2012.

¹⁵¹⁷ Joé Habel, « Lettre ouverte sur la manifestation de Victoriaville », Trahir, 7 mai 2012.

¹⁵¹⁸ Article 211-13 du *Code de la sécurité intérieure* :

rempli sa mission de protection de l'ordre public de façon parfaitement proportionnée¹⁵¹⁹, ce en dépit du comportement pacifique de la victime.

Ainsi, les situations dans lesquelles le degré de violence généralisée est tel que les forces de l'ordre ne peuvent plus contenir la menace rendent difficile, voire impossible, la contestation de l'usage de la force dans le cadre d'opérations de maintien de l'ordre, même lorsque celles-ci se soldent par la mort de manifestants. L'usage de substances chimiques irritantes à travers le lancer de gaz lacrymogènes constitue en principe un moyen moins dangereux que les tirs de grenades ou de balles de défense, néanmoins leur emploi est susceptible d'être excessif et disproportionné dès lors que ces substances sont lancées dans des lieux dont les issues sont bloquées ou restreintes, où les manifestants n'ont pas la possibilité de se disperser du fait des cordons policiers. Dans pareil cas, il est manifeste que la distinction entre manifestants pacifiques et manifestants violents est impossible à réaliser.

Par conséquent, on peut en déduire que le recours généralisé à ce type d'armes, qui ne permet pas de différencier les manifestants pacifiques ou les passants des véritables auteurs de violences, constitue un usage excessif de la force inévitablement disproportionné¹⁵²⁰.

3. Le faible encadrement de l'utilisation des armes de dispersion de foule

Lorsque l'utilisation d'armes de dispersion de foule n'est pas encadrée par des règles déontologiques, il est difficile de sanctionner les forces de police pour usage abusif et injustifié de ces moyens qu'ils ont à leur disposition en vue de maintenir l'ordre public lors des manifestations. Ainsi, un tir de « fusil à irritant chimique » lancé en direction d'un manifestant tentant de pénétrer à l'intérieur d'un lieu où se tient une

« L'emploi de la force par les représentants de la force publique n'est possible que si les circonstances le rendent absolument nécessaire au maintien de l'ordre public dans les conditions définies par l'article L. 211-9. La force déployée doit être proportionnée au trouble à faire cesser et son emploi doit prendre fin lorsque celui-ci a cessé ».

¹⁵¹⁹ Ordonnance de non-lieu du tribunal de grande instance de Toulouse, 8 janvier 2018, n° JICABJI214000037, n° parquet 14302000063, à la p. 60.

¹⁵²⁰ Voir : Karl Laske, « Répression des gilets jaunes : l'avertissement du Conseil de l'Europe », op. cit.

réunion de dirigeants a été considérée comme une utilisation d'une pièce d'équipement réalisée avec prudence et discernement et ne constitue pas un acte dérogatoire à l'article 11 du *Code de déontologie* des policiers du Québec¹⁵²¹.

La Cour européenne des droits de l'Homme s'est également prononcée sur l'obligation d'encadrement de l'utilisation d'armes de dispersion de foule en contexte de manifestation. Dans l'affaire *Kicili c. Turquie*, elle a notamment estimé que pour que l'utilisation d'armes telles que des lanceurs de balle en caoutchouc ou des grenades lacrymogènes soit reconnue comme étant compatible avec les exigences de l'article 3 de la *Convention* prohibant les traitements inhumains ou dégradants, celles-ci doivent non seulement être autorisées par le droit national mais aussi être suffisamment délimitées par ce dernier qui doit prévoir des garanties adéquates et effectives contre l'arbitraire et l'abus de force. Or, en l'espèce, les dispositions législatives nationales qui posaient les lignes directrices des compétences attribuées à la police quant à l'usage de la force ne suffisaient pas, à elles seules, à pouvoir considérer que le tir de balles en caoutchouc était une action policière régulière et adéquate garantissant un niveau de protection de l'intégrité physique des personnes tel qu'il est requis dans une société démocratique au sens de la *Convention européenne*. Compte tenu de l'absence de cadre juridique adéquat de l'usage de balles en caoutchouc pendant les manifestations, la Cour a considéré que les forces de l'ordre avaient agi sans instruction précise, avec une grande autonomie. Par ailleurs, bien qu'en l'espèce un certain nombre de manifestants avaient été arrêtés pour violence ou résistance aux policiers, le requérant n'avait quant à lui été ni arrêté ni poursuivi au titre d'une quelconque infraction qu'il aurait commise lors de la manifestation. De cette façon, les juges européens ont conclu qu'il n'était pas établi que l'usage de la force dont le requérant avait été victime constituait une réponse nécessaire et proportionnée à la situation. Or, en vertu de l'article 3 de la *Convention*, un usage de la force excessif et disproportionné au but recherché - à savoir, en l'espèce,

¹⁵²¹ *Comité de déontologie policière c. Iacovone* [2014] QCCDP 22

la dispersion d'un rassemblement - porte atteinte aux garanties de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants.

C'est en sens qu'en France, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir formé contre des décisions du ministre de l'Intérieur refusant de mettre fin à l'utilisation du lanceur de balles de défense lors d'opérations de maintien de l'ordre et autorisant son usage lors des manifestations de janvier et février 2019, une question prioritaire de constitutionnalité a été posée en vue de contester la constitutionnalité des articles L. 435-1 et L. 211-9 du *Code de la sécurité intérieure* ainsi que de l'article 431-3 du *Code pénal* encadrant l'utilisation des lanceurs de balles de défense. Toutefois, le Conseil d'État a considéré que :

« Les dispositions législatives contestées, qui ne prévoient la possibilité de recourir à l'usage des armes pour le maintien de l'ordre qu'en cas d'attroupement, n'ont ni pour effet d'interdire le déroulement de manifestations pacifiques ou de restreindre le droit d'y prendre part. Comme il est précisé à l'article L. 211-9, ces dispositions ne visent qu'à permettre aux représentants de la force publique habilités de recourir à leur arme de dotation, sous le contrôle du juge, dans des circonstances particulières limitativement énumérées par la loi, dans le seul but de rétablir l'ordre ou de protéger leur intégrité et seulement en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée. Dès lors, le législateur n'a pas porté une atteinte excessive aux libertés invoquées »¹⁵²².

Le Conseil d'État estimant qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité de l'encadrement de l'utilisation de lanceurs de balles de défense au nom de la gestion du maintien de l'ordre lors de manifestations n'a pu se faire.

B. L'effectivité des garanties juridictionnelles des principes de nécessité et de proportionnalité de l'usage de la force en contexte de manifestation

1. Le contrôle juridictionnel de l'usage de la force en droit canadien

Lorsque les autorités policières interviennent dans le cadre d'une manifestation publique de masse, l'usage excessif et disproportionné de la force doit en principe être puni. Les sanctions prises à l'encontre de policiers lorsque des violences ont été

¹⁵²² Conseil d'État, 10^e-9^e chambres réunies, 12 avril 2019, n° 427638, au considérant 7.

commises sur des manifestants peuvent être de nature judiciaire et engager la responsabilité pénale et/ou disciplinaire. Les sanctions disciplinaires sont à distinguer d'un véritable contrôle juridictionnel dès lors qu'elles sont le fruit de la décision d'organes internes au corps policier.

En droit canadien, les normes et les conduites prescrites pour l'ensemble des policiers relèvent de la compétence provinciale. Ainsi, au Québec, en vertu de la *Loi sur la police*¹⁵²³, c'est le commissaire à la déontologie policière qui reçoit et examine les plaintes formulées à l'endroit des policiers¹⁵²⁴, notamment lorsque ceux-ci ont fait un usage excessif de la force. En effet, en vertu de l'article 6 du *Code de déontologie*¹⁵²⁵ :

« Le policier doit éviter toute forme d'abus d'autorité dans ses rapports avec le public.

Notamment, le policier ne doit pas :

1. Avoir recours à une force plus grande que celle nécessaire pour accomplir ce qui lui est enjoint ou permis de faire ».

En cas de manquement à ce devoir de nécessité, le comité de déontologie pourra imposer une sanction¹⁵²⁶ pouvant aller d'un simple avertissement à la révocation de l'agent concerné¹⁵²⁷.

Au-delà de leur responsabilité disciplinaire, les policiers qui font un usage excessif de la force peuvent en principe être également reconnus pénalement responsables de leurs actes. Autrement dit, ils ne jouissent d'aucune immunité quant à

¹⁵²³ *Loi sur la police* (L.R.Q., c. P-13.1).

¹⁵²⁴ *Ibid.*, article 128.

¹⁵²⁵ *Code de déontologie des policiers du Québec* R.R.Q., P-13.1, r. 1.

¹⁵²⁶ *Ibid.*, article 4 :

« Tout manquement ou omission concernant un devoir ou une norme de conduite prévu par le présent code constitue un acte dérogatoire et peut entraîner l'imposition d'une sanction en vertu de la loi sur la police ».

¹⁵²⁷ *Loi sur la police*, précit., article 234 :

« Lorsque le comité décide que la conduite d'un policier est dérogatoire au code de déontologie, il peut dans les 14 jours de cette décision, imposer à ce policier pour chacun des chefs, l'une des sanctions suivantes, lesquelles peuvent être consécutives, le cas échéant :

1. L'avertissement
2. La réprimande
3. Le blâme
4. La suspension sans traitement pour une période d'au plus de 60 jours ouvrables
5. La rétrogradation
6. La destitution.

En outre le policier, qui ne peut faire l'objet d'une sanction parce qu'il a démissionné, a été congédié ou a pris sa retraite, peut être déclaré inhabile à exercer des fonctions d'agent de la paix pour une période d'au plus de cinq ans ».

la leurs actes lorsqu'ils emploient de manière excessive la force. À ce titre, l'article 25 du *Code criminel* fournit un moyen de défense contre des accusations de voie de fait à la condition qu'il soit satisfait aux exigences qui y sont énoncées. En effet, cette disposition précise qu'il n'est pas justifié que les forces de police utilisent la violence lorsqu'elle est employée avec l'intention de causer ou qu'elle est de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves¹⁵²⁸. Ainsi, le *Code criminel* n'exclut pas complètement la responsabilité des policiers si la force qu'ils ont utilisée est jugée excessive¹⁵²⁹.

Le droit canadien reconnaît cependant un pouvoir discrétionnaire inhérent aux fonctions du policier en vertu duquel ce dernier « peut exercer ses pouvoirs comme il le juge opportun, à condition de respecter les limites de la raisonnable »¹⁵³⁰. La légalité des interventions policières est soumise au principe de la « norme de diligence ». Même lorsque le policier ne choisit pas l'option la plus « optimale », il n'enfreint pas celle-ci tant que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est raisonnable. Précisément, la norme est celle du comportement d'un policier raisonnable au regard de la situation au moment de la décision. En effet, la norme de négligence n'exige pas des professionnels qu'ils soient parfaits ni qu'ils obtiennent les résultats escomptés¹⁵³¹. Ainsi, un policier peut, sans enfreindre la norme de diligence, commettre des erreurs de jugement. Le droit distingue alors l'erreur déraisonnable, emportant l'inobservation de la norme de diligence, de la simple « erreur de jugement » que n'importe quel professionnel raisonnable aurait pu commettre et qui, par conséquent, ne l'enfreint pas¹⁵³².

¹⁵²⁸ *Code criminel*, précit., article 25 (3) :

[...] Une personne n'est pas justifiée, pour l'application [...], d'employer la force avec l'intention de causer, ou de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves, à moins qu'elle n'estime, pour des motifs raisonnables, que cette force est nécessaires afin de se protéger elle-même ou de protéger toute autre personne sous sa protection, contre la mort ou contre des lésions corporelles graves.

¹⁵²⁹ *Fleming c. Ontario*, précit., au para. 116.

¹⁵³⁰ *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton- Wentworth*, 2007 CSC 41 (CanLII) [2007] 3 RCS 129, au para. 73.

¹⁵³¹ *Ibid.*

¹⁵³² *Lapointe c. L'hôpital Le Gardeur* [1992] 1 RCS 351.

Néanmoins, dans le cadre d'une manifestation, les interventions policières en vue de disperser les participants sont soumises aux exigences de l'article premier de la *Charte canadienne* dès lors qu'elles apparaissent comme des limitations au droit constitutionnellement garanti de manifester son opinion pacifiquement. Autrement dit, de telles interventions policières doivent être des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans l'affaire *F.G. c. Ville de Montréal*¹⁵³³, le demandeur, Francis Grenier, a été victime d'un éclat de tir de grenade de désencerclement qui lui a fait perdre l'usage de son œil droit alors même qu'il cherchait à quitter le lieu de la manifestation après un ordre de dispersion¹⁵³⁴. Les policiers n'avaient pas laissé le temps suffisant aux manifestants en général et au demandeur en particulier de quitter le rassemblement devenu délictueux avant de procéder à l'envoi de grenades de désencerclement afin de disperser la foule. À cette occasion, la Cour supérieure du Québec a rappelé que même si l'objectif de disperser une manifestation devenue un attroupement délictueux est un objectif légitime, l'intervention policière doit néanmoins demeurer raisonnable et proportionnelle à l'atteinte de l'objectif pour pouvoir être considérée en tant que limite raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Or, en l'espèce, la Cour supérieure a estimé que l'utilisation de la grenade de désencerclement, parce qu'elle avait blessé gravement le demandeur, n'était pas justifiée et que le critère du caractère raisonnable et proportionnel de l'intervention n'était donc pas satisfait.

2. L'absence d'indépendance au contrôle juridictionnel d'un usage de la force excessif et disproportionné en contexte de manifestation en droit français et espagnol

Comme en droit canadien, outre des dispositions législatives venant encadrer l'usage de la force, les forces de police françaises et espagnoles sont également soumises au respect de textes spécifiques de déontologie. En droit français, le principe du contrôle est codifié au livre IV, titre III, chapitre IV de la partie réglementaire du

¹⁵³³ *F.G. c. Ville de Montréal* [2017] QCCS 5059

¹⁵³⁴ *Ibid.*, au para. 481.

Code de la sécurité intérieure. De plus, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014, l'article R. 434 du *Code de déontologie de la police nationale et de la gendarmerie nationale* prévoit que :

« le policier ou le gendarme emploie la force dans le cadre fixé par la loi, seulement lorsque c'est nécessaire, et de façon proportionnée au but à atteindre ou à la gravité de la menace, selon le cas. Il ne fait usage des armes qu'en cas d'absolue nécessité et dans le cadre des dispositions législatives applicables à son propre statut ».

La mission de contrôle du respect des règles déontologique est confiée à une autorité hiérarchique interne aux services de police, rattachée au ministère de l'Intérieur. Elle se trouve donc confiée à un corps d'inspection interne à la police qui n'est pas un organe de contrôle indépendant.

Il en va de même en droit espagnol où c'est également un corps d'inspection interne à l'administration qui mène l'enquête et décide éventuellement de prendre des sanctions disciplinaires ¹⁵³⁵. Ainsi, même si les forces de police peuvent être sanctionnées pour un usage de la force causant de graves dommages aux citoyens ou des traitements inhumains et dégradants, discriminatoires et vexatoires ¹⁵³⁶ en contexte de manifestation, l'application effective de ces règles de déontologie demeure conditionnée à l'action de l'administration qui est ainsi juge et partie. Dès lors, les sanctions disciplinaires se distinguent d'un véritable contrôle juridictionnel de l'usage

¹⁵³⁵ *Ley organica 4/2010*, 20 mai 2010, *del regimen disciplinario del cuerpo nacional de policia*, article 13 :

- “Son órganos competentes para imponer sanciones disciplinarias a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía:
- a) Para la imposición de la sanción de separación del servicio por faltas muy graves, el Ministro del Interior.
 - b) Para la imposición de las sanciones de suspensión de funciones de tres años y un día a seis años y de traslado forzoso por faltas muy graves, el Secretario de Estado de Seguridad.
 - c) Para la imposición de la sanción de suspensión de funciones hasta tres años por faltas muy graves, así como para la imposición de sanciones por faltas graves, el Director General de la Policía y de la Guardia Civil.
 - d) Para la imposición de sanciones por faltas leves, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, respecto de las cometidas por funcionarios que presten servicio en el territorio de su respectiva Comunidad Autónoma; asimismo, los jefes de órganos centrales hasta el nivel de subdirector general, o asimilados; y los jefes superiores de policía, los jefes de las comisarías provinciales y locales y los jefes de las unidades del Cuerpo Nacional de Policía adscritas a las Comunidades Autónomas, respecto de las cometidas por funcionarios de ellos dependientes.
 - e) Los órganos competentes para imponer sanciones de una determinada naturaleza, lo son también para imponer sanciones de naturaleza inferior”.

¹⁵³⁶ *Ley organica 4/2010*, *ibid.*, article 7 :

- “Son faltas muy graves:
- d) La practica de tratos inhumanos degradantes, discriminatorios o vejatorios a los ciudadanos que se encuentren bajo custodia policial”.

excessif et disproportionné de la force dans le cadre de la mission de maintien de l'ordre exercée lors d'une manifestation.

Néanmoins, on peut retrouver un tel problème d'indépendance également s'agissant du contrôle juridictionnel, notamment en droit français. En principe, toute personne souhaitant déposer une plainte pénale pour un usage de la force excessif et disproportionné par un agent de la force publique peut s'adresser directement au procureur de la République. C'est à celui-ci qu'il incombe d'ordonner ou non des enquêtes préliminaires ainsi que d'engager des poursuites débouchant éventuellement sur un procès. Le procureur de la République est également libre de classer sans suite la procédure. Bien que le procureur n'entretienne pas de lien structurel avec les organes chargés de faire respecter la loi, il travaille néanmoins en étroite collaboration avec eux, notamment en matière de gestion de l'ordre public en contexte de manifestation. En effet, en période de contestation sociale, les policiers agissent sur réquisition du procureur de la République pour réaliser des fouilles et des contrôles d'identité. Par ailleurs, même si la responsabilité de l'enquête en cas d'usage de la force illégitime incombe en principe au procureur, en pratique celui-ci fera appel aux agents de police qui eux entretiennent un lien avec leurs collègues accusés de ce type d'agissements.

Ainsi, en droit français, on peut sérieusement douter de l'indépendance du procureur face aux organes chargés du maintien de l'ordre public en matière de manifestation. Dans une période de conflits sociaux, il y a donc peu de chance de voir des poursuites judiciaires aboutir à des sanctions prises à l'encontre de forces de l'ordre tant leur mobilisation est essentielle à l'encadrement des manifestations¹⁵³⁷.

¹⁵³⁷ Les affaires relatives à Zineb Redouane et Geneviève Legay illustrent malheureusement trop bien l'absence d'indépendance des procureurs en matière de gestion de maintien de l'ordre en contexte de manifestation. Zineb Redouane, une octogénaire, est décédée à la suite d'un éclat de grenade lacrymogène reçu en plein visage alors qu'elle était chez elle à sa fenêtre, en marge d'une manifestation « gilet jaune » organisée le 1^{er} décembre 2018 à Marseille. Alors que le procureur de la République de Marseille a écarté le lien de cause à effet entre la blessure et le décès, on découvre la présence du procureur adjoint de Marseille sur les lieux de la manifestation, aux côtés des forces de l'ordre. Or, celui-ci était chargé du début de l'enquête.

Lors d'une charge policière pendant une manifestation interdite des « gilets jaunes », le 23 mars 2019, Geneviève Legay manifestante pacifique de 73 ans est directement visée et grièvement blessée par une

3. Vers une impossibilité d'identifier les agents usant de la force dans les opérations de maintien de l'ordre en contexte de manifestation

En droit canadien, en vertu de l'article 5 du *Code de déontologie* qui s'applique aux policiers québécois¹⁵³⁸ :

- « Le policier doit se comporter de manière à préserver la confiance et la considération que requiert sa fonction. Notamment, le policier ne doit pas :
2. Omettre ou refuser de s'identifier par un document officiel alors qu'une personne lui en fait la demande ;
 3. Omettre de porter une marque d'identification prescrite dans ses rapports directs avec une personne du public ».

En outre, le Comité de déontologie a indiqué que :

« L'article 5 vise du Code de déontologie vise la perception du public. Il s'agit de l'aspect extérieur du travail du policier, en ce sens que tout policier doit respecter les gens, présenter l'apparence d'une justice neutre (...) à montrer des qualités d'honnêteté, d'intégrité et une conduite impeccable empreinte de modération et de retenue (...) »¹⁵³⁹.

Par ailleurs, concernant l'omission ou le refus de s'identifier, le Comité a estimé que :

« Le refus de s'identifier de la part du policier est de nature à porter atteinte au système de déontologie policière puisqu'il peut avoir comme conséquence de priver un citoyen de ses recours en raison de l'impossibilité d'identifier le policier concerné »¹⁵⁴⁰.

Ainsi, l'omission de s'identifier pour un policier constitue un manquement sérieux aux devoirs et normes de conduite prévus dans le *Code de déontologie* dès lors que celle-ci a pour effet d'entacher l'estime et la confiance des citoyens envers les services de police qu'il représente.

charge policière. Le 25 mars, le président de la République, Emmanuel Macron, affirma lors d'un entretien que Madame Legay n'avait pas été en contact avec les forces de l'ordre. Le même jour, le procureur de Nice valida ces propos. Les vidéos témoignant de la scène prouvent néanmoins le contraire. Le procureur confia l'enquête préliminaire à la commissaire en chef de la sûreté départementale qui non seulement participait aux opérations de police mais est également la compagne du commissaire qui était en charge du maintien de l'ordre le jour de la manifestation. Dans ces deux affaires, dans lesquelles l'absence d'impartialité du procureur et des enquêtes menées sont avérées, aucune sanction n'a cependant été prise à l'égard des procureurs. Les enquêtes ont seulement été « dépayées », autrement dit la juridiction qui s'occupe normalement de l'affaire a été dessaisie et celle-ci a été renvoyée à un tribunal d'une autre ville.

¹⁵³⁸ *Code de déontologie des policiers du Québec*, précit.

¹⁵³⁹ *Commissaire à la déontologie policière c. Abel* CanLII 57341 (QC CDP).

¹⁵⁴⁰ *Commissaire à la déontologie policière c. Dea* [2002] CanLII 49276 (QC CDP) ; confirmé par la Cour du Québec, *Dea c. Monty* [2003] CanLII 16556 (QC CQ).

En droit espagnol, en vertu du *Real decreto 1484/1987* du 4 décembre 1987, les forces de sécurité sont obligées de porter leur numéro d'identification de manière visible¹⁵⁴¹.

De manière similaire, en France, en vertu de l'article R. 434-15 du *Code de la sécurité intérieure* :

« Le policier ou le gendarme exerce ses fonctions en uniforme. Il peut être dérogé à ce principe selon les règles propres à chaque force. Sauf exception justifiée par le service auquel il appartient ou la nature des missions qui lui sont confiées, il se conforme aux prescriptions relatives à son identification individuelle ».

Cet article, introduit par un décret du 4 décembre 2013¹⁵⁴², a été précisé par un arrêté ministériel en date du 24 décembre 2013 qui indique les conditions et les modalités du port d'un numéro d'identification individuel par les fonctionnaires de police¹⁵⁴³. En effet, aux termes de cette disposition :

« Les agents qui exercent leur mission en tenue d'uniforme doivent être porteurs, au cours de l'exécution de celles-ci, de leur numéro d'identification individuel ».

Les forces de police en charge des opérations de maintien de l'ordre ne sont pas exemptées de cette obligation de s'identifier reconnue en France, en Espagne et au Québec. Des manquements ont néanmoins été systématiquement observés lors de manifestations organisées dans le cadre de grandes contestations sociales¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴¹ *Real decreto 1484/1987*, 4 décembre 1987, *sobre normas generales relativas a escalas, categorias, personal facultativo y tecnico, uniformes, distintivos y armamento del cuerpo nacional de policia*, article 18 :

“Todos los uniformes llevaran obligatoriamente la placa-emblema del cuerpo, con indicacion del numero de identificacion personal, en el pecho, por encima del bolsillo superior derecho de la prenda de uniformidad”.

¹⁵⁴² Décret n° 2013-1113, 4 décembre 2013, relatif aux dispositions des livres Ier, II, IV et V de la partie réglementaire du code de la sécurité intérieure (Décrets en Conseil d'État et décrets simples).

¹⁵⁴³ Arrêté du 24 décembre 2013 relatif aux conditions et modalités de port du numéro d'identification individuel par les fonctionnaires de la police nationale, les adjoints de sécurité et les réservistes de la police nationale.

¹⁵⁴⁴ À ce titre, le Défenseur du peuple espagnol a formulé une recommandation pour exiger une taille minimum des plaques d'identification des policiers pour que celles-ci soient visibles des citoyens, Recomendacion n° 11018475 du 20 juillet 2016.

De manière générale, lors des opérations de maintien de l'ordre, le port du numéro d'identification est loin d'être systématique de sorte à rendre *de facto* impossible l'identification des auteurs d'un usage excessif de la force.

Or, la Cour européenne des droits de l'Homme a plusieurs fois confirmé l'importance de l'identification des forces de police lors d'opérations de maintien de l'ordre. En 2017, elle a notamment condamné l'Allemagne dans une affaire de violences policières¹⁵⁴⁵. En l'espèce, les juges européens ont estimé que le fait que les policiers casqués qui ont été déployés n'aient pas porté d'insignes permettant de les identifier pouvait constituer un obstacle à la réalisation d'une enquête en cas de suspicion de mauvais traitements infligés par la police. Par conséquent, il y a eu violation de l'article 3 de la *Convention européenne* qui interdit aux États de pratiquer la torture ou de soumettre une personne relevant de leur juridiction à des peines ou des traitements inhumains ou dégradants.

Cependant, malgré une reconnaissance unanime de l'importance de l'identification des forces de l'ordre, spécialement à l'occasion d'opérations de maintien de l'ordre, notamment à des fins d'enquêtes essentielles pour les cas d'usage excessif de la force, on assiste à une volonté législative à contre-courant qui se manifeste notamment par l'adoption de lois interdisant de filmer les policiers.

En Espagne, l'article 36.23 de la *ley organica 4/2015* a créé une infraction grave d'usage non autorisé d'images et de données personnelles ou professionnelles des autorités et des membres des forces de sécurité susceptibles de mettre en danger la sécurité personnelle ou familiale des agents, des installations protégées ou risquer de mettre en échec une opération¹⁵⁴⁶. Avec cette nouvelle infraction administrative, le fait de diffuser une vidéo dans laquelle on verrait un agent de police abuser de son autorité peut être sanctionné. Bien que cet article précise qu'il doit s'appliquer en respectant le

¹⁵⁴⁵ *Hentschel et Stark c. Allemagne*, 9 novembre 2017, CEDH, 47274/15.

¹⁵⁴⁶ *Ley organica 4/2015*, précit., article 36.23 :

“El uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respecto al derecho fundamental a la información”.

droit fondamental à l'information, il est possible d'en douter. Une telle disposition se heurte toutefois à l'interdiction de censure préalable posée à l'article 20-2 de la *Constitution espagnole* qui fait obstacle à tout régime d'autorisation préalable en matière de libertés d'expression et d'information. Or, il semble que l'article 36.23 de la *ley organica* précitée établit une obligation pour les journalistes comme pour les simples citoyens de solliciter une autorisation avant de pouvoir diffuser des images des forces de sécurité prises dans l'exercice de leurs fonctions. La non-conformité de l'interdiction de filmer ou de photographier les forces de sécurité lorsqu'ils exercent leur mission de préservation de l'ordre public a cependant été soulevée dans le cadre d'un recours en inconstitutionnalité de la *ley organica* admis par le Tribunal constitutionnel espagnol le 16 juin 2015 mais qui demeure encore en attente de jugement.

Par ailleurs, l'article 19.2 de cette *ley organica* dispose que les forces de sécurité pourront appréhender les instruments utilisés pour la commission d'un délit ou d'une infraction administrative. Précisément, en vertu des articles 36.23 et 19.2 de ce texte, les forces de sécurité peuvent procéder à la confiscation de matériels susceptibles de filmer ou de photographier les forces de sécurité dans l'exercice de leurs fonctions. Les dispositions de cette *ley organica* permettent donc, par exemple, la confiscation de matériels pouvant filmer ou photographier des opérations de fouilles de manifestants en prévention de la commission de l'infraction d'usage non autorisé d'images des forces de police. Pourtant ces images et vidéos d'opérations de maintien de l'ordre prises lors de manifestations constituent de précieux éléments de preuve en cas de procès jugeant des violences policières sans lesquelles il est parfois impossible d'identifier les policiers coupables d'usage excessif et disproportionné de la force.

Enfin, il est légitime de se demander dans quelle mesure l'usage d'images peut mettre en danger la sécurité personnelle des agents. On voit mal, en effet, comment la diffusion d'une vidéo d'un policier exerçant correctement son travail de maintien de l'ordre pourrait mettre en danger sa sécurité ou celle de ses proches. En revanche, le fait qu'un policier abuse de son autorité et de l'usage de la force est susceptible de le

mettre en danger lui et sa famille du fait de la possible réaction que peut provoquer ce genre d'images sur l'opinion publique. En effet, l'agent de police filmé en flagrant délit d'abus de pouvoir ou d'un usage de la force excessif et disproportionné pourrait courir le risque d'être victime de représailles. Son comportement mettrait donc en danger sa sécurité personnelle et celle de sa famille.

On retrouve cette même volonté d'interdire de filmer les forces de l'ordre en France. C'est en ce sens qu'une proposition de loi a été déposée par des députés français en juin 2020 visant à rendre non identifiables les forces de l'ordre lors de la diffusion d'images dans l'espace médiatique¹⁵⁴⁷. Dans les motifs de cette proposition législative, les auteurs estimaient que « la prise d'images de représentants de force de l'ordre en intervention et leur diffusion sur divers médias, notamment les réseaux sociaux, peut constituer un risque pour chacun d'entre eux et leur famille ». Ainsi, le texte propose d'insérer un nouveau paragraphe au sein du chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse sanctionnant de 15 000 euros d'amende et d'un an d'emprisonnement, la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, d'images de fonctionnaires de la police nationale, de militaires ou de policiers municipaux.

Une telle volonté de sanctionner la diffusion d'images de policiers, prises notamment à l'occasion d'opérations de maintien de l'ordre et pouvant servir à identifier les agents coupables d'abus de pouvoir ou d'usage excessif de la force, témoigne d'un désir de protéger l'image des forces de police aux dépens des garanties de la liberté de manifestation.

¹⁵⁴⁷ Proposition de loi n° 2992 visant à rendre non identifiables les forces de l'ordre lors de la diffusion d'images dans l'espace médiatique.

Conclusion Titre 4

Du libre accès au libre retrait d'une manifestation en passant par le libre choix du parcours, la libre circulation est intimement liée à la liberté de manifestation. En effet, aussi bien le droit d'accéder à un lieu de manifestation que le droit de le quitter, ou encore le droit de parcourir un itinéraire choisi par les manifestants, apparaissent comme des composantes du droit de participer librement à une manifestation. À ce titre, l'application de garanties supra-législatives tendant à encadrer les restrictions apportées à la libre circulation des manifestants apparaît comme une condition *sine qua non* de l'existence d'un véritable droit de manifester. Autrement dit, sans une garantie de la liberté de circulation des manifestants, la liberté de manifestation est vidée de son contenu.

Or, on observe un accroissement et une systématisation des limitations à la liberté de circulation, notamment en période de grande contestation sociale, qui bénéficient d'une large présomption de constitutionnalité trouvant une justification dans les missions de maintien de l'ordre se rattachant à l'utilisation de la voie publique. Les autorités responsables de cette mission sont davantage tentées de voir dans toute manifestation une nuisance susceptible de troubler l'ordre public qu'elles sont chargées de garantir plutôt que l'exercice d'un droit fondamental dont le respect doit s'imposer à leur action. Une telle négation du droit de manifester est devenue possible du fait de l'augmentation des infractions de trouble à l'ordre public visant plus ou moins directement l'exercice de la liberté de manifestation et qui renforcent les pouvoirs des forces de police en matière de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche d'auteurs d'infractions pénales. C'est ainsi que les restrictions à la libre circulation mises en place pendant une manifestation peuvent aller jusqu'à la privation de liberté empêchant les manifestants (mais également les non-manifestants se trouvant sur les lieux) de quitter la manifestation.

Cette utilisation détournée de pouvoirs aussi étendus que ceux permettant de détenir des manifestants pour les empêcher de rejoindre ou de quitter un lieu de manifestation constitue une sérieuse ingérence dans l'exercice de la liberté de manifestation. Ces techniques de maintien de l'ordre, de plus en plus courantes, notamment pour maîtriser des mouvements sociaux susceptibles de mettre à mal la stabilité d'un pays, semblent non seulement échapper aux garanties supra-législatives s'appliquant au droit de manifester mais surtout s'inscrivent dans une stratégie plus générale de criminalisation de l'exercice de la liberté de manifestation pour dissuader les citoyens de grossir les rangs des manifestations.

Conclusion Seconde partie

Si à l'issue de la première partie de notre étude, on pouvait conclure à un droit d'organiser une manifestation faiblement garanti, notamment en droit français dans lequel celui-ci semble relever davantage d'une tolérance administrative que de l'exercice d'un droit fondamental, nos espoirs se tournaient vers la liberté pleine et entière de participation à une manifestation. Or, cette seconde partie fait aussi état d'un droit de participer à une manifestation en réalité très limité.

Comme pour l'organisation d'une manifestation, le risque de perturbations intrinsèque à ce type de rassemblement semble pouvoir justifier de manière illimitée des restrictions à la libre participation à une manifestation. Un tel raisonnement vide la liberté de manifestation de son contenu et permet de criminaliser la participation à des manifestations en multipliant les infractions à leur égard et en élargissant la catégorie des rassemblements délictueux faisant perdre le caractère pacifique à certaines manifestations. Ainsi, la participation à une manifestation, loin d'être libre, peut tomber sous le coup du délit d'attroupement dont la définition se confond avec celle de la manifestation et dont la qualification demeure à la discrétion des autorités de police. À la criminalisation de la participation à une manifestation s'ajoute l'emploi de techniques de maintien de l'ordre qui, en contexte de manifestation, empiète largement sur la liberté de participation des manifestants qui ne peuvent circuler librement. Les mesures de sécurité prises dans ce cadre peuvent aussi empêcher les simples passants de quitter le lieu du rassemblement qui peut devenir délictueux. De telles techniques de maintien de l'ordre engendrent donc le risque, pour les participants comme pour les non-participants, au mieux d'être reconnus pénalement responsables et au pire de se retrouver mortellement blessés.

Un tel encadrement de l'exercice de la liberté de manifestation emporte un effet dissuasif à l'heure de décider de participer ou non à une manifestation. Les nombreux délits et infractions en lien avec la participation à une manifestation, comme toutes

sanctions pénales, découragent effectivement de nombreuses personnes d'exercer leur droit de manifester. En outre, l'effet dissuasif ne peut suffire pour invalider une mesure restrictive de la participation à une manifestation si celle-ci peut par ailleurs se rattacher à un délit ou une infraction de trouble à l'ordre public. Une fois de plus, c'est au nom du principe de sauvegarde de l'ordre public, qui fonde tantôt la compétence du législateur pour criminaliser la participation à une manifestation tantôt les techniques de maintien de l'ordre employées par les forces de police et privant les manifestants de circuler librement, que l'on observe un large pouvoir d'ingérence de la part de l'État dans le droit de participer à une manifestation.

De plus, la faible délimitation d'un tel pouvoir d'ingérence ne permet pas de conclure à l'existence d'une véritable liberté fondamentale de manifestation dont le respect devrait pourtant s'imposer aux pouvoirs publics dans le cadre d'une société démocratique

CONCLUSION GÉNÉRALE

La montée en puissance de la légitimité des manifestations dans l'opinion publique en tant que moyens appropriés d'action citoyenne contraste avec la volonté des gouvernants de restreindre, voire annihiler, le champ des garanties juridiques du droit de manifester pour préserver le modèle de démocratie représentative. L'étude de l'effectivité de ce droit révèle combien celui-ci, que l'on pense inhérent au modèle de société démocratique, est réduit comme « peau de chagrin » tant les pouvoirs visant sa limitation paraissent illimités. De l'organisation à la participation en passant par le choix même d'y participer, l'expression collective d'une opinion à travers la manifestation est soumise à une limitation discrétionnaire.

Tout d'abord, la manifestation est encadrée par un régime d'autorisation préalable. Bien qu'il porte le nom de régime de déclaration préalable, notamment en France et en Espagne, celui-ci permet *de facto* aux autorités administratives d'interdire préventivement une manifestation. Ce pouvoir est confié à des autorités en lien direct avec le Gouvernement. Autrement dit, les Gouvernements qui, la plupart du temps, sont directement visés par les expressions protestataires des manifestations, bénéficient d'un pouvoir plus ou moins direct de censure d'une protestation qui les concernent. Sans un encadrement strict et la mise en place de mécanismes de contrôle d'un tel pouvoir de limitation, le glissement vers un régime autoritaire est aisé. L'encadrement du pouvoir de limiter l'exercice de la liberté de manifestation doit être constitutionnellement garanti, sans quoi rien ne semble faire obstacle à la tentation du législateur ou des gouvernants de soumettre l'exercice de la manifestation à une censure.

Outre la volonté législative de soumettre l'exercice de la liberté de

manifestation au pouvoir discrétionnaire des autorités administratives, on observe aussi plus généralement une volonté de criminaliser la participation à une manifestation qui passe par un élargissement de la catégorie des rassemblements délictueux et des comportements susceptibles de troubler l'ordre public. Ces législations, sous couvert de poursuivre un objectif de sécurité et d'ordre publics, bénéficient d'une présomption de constitutionnalité. Or, la confusion périlleuse entre attroupement délictueux et manifestation pacifique permet non seulement de mettre en place des techniques de maintien de l'ordre annihilant la possibilité de participer librement à une manifestation mais engendre également un risque pour tous les manifestants que leur responsabilité pénale soit engagée à tout moment du seul fait de leur présence à une manifestation. La participation à une manifestation, que l'on pensait libre de toute censure préalable, est alors soumise à un encadrement répressif entraînant un effet dissuasif certain sur le libre choix de prendre part à un rassemblement. Force est donc de constater qu'un tel effet dissuasif emporte *de facto* les mêmes conséquences que la censure.

Cependant, ni la censure préalable ni la répression exercée par l'État ne semblent pouvoir freiner les mobilisations citoyennes. L'actualité mondiale récente, riche en mouvements sociaux, témoigne effectivement d'un profond décalage entre les attentes des *représentés* et la réponse des *représentants*. Face à la crise de la représentation qui touche nos modèles politiques, l'opposition semble désormais s'exprimer davantage dans la rue que par les urnes. La manifestation apparaît ainsi comme l'un des seuls moyens qui reste aux *représentés* de se faire entendre par ceux qui sont censés être leurs *représentants*. La pratique de la manifestation fragilise la démocratie représentative telle que nous la connaissons. De cette façon, à défaut d'un droit constitutionnellement garanti de manifester, c'est sans surprise que les régimes juridiques encadrant l'exercice de la manifestation posent davantage un cadre de répression que de concrétisation de ce droit fondamental dont le respect devrait pourtant s'imposer aux autorités. En effet, le pouvoir discrétionnaire important laissé aux pouvoirs publics pour encadrer la manifestation, associé à une protection juridictionnelle dérisoire éloigne l'exercice de la liberté de manifestation de ce que

devrait être un droit fondamental s'imposant aux autorités

Dès lors que son sort juridique reste largement soumis à la volonté politique des gouvernants et des juges de lui offrir ou non une protection effective ainsi qu'aux idées qu'elle vise à transmettre, la manifestation est sans doute une action collective bénéficiant d'une importante légitimité politique mais aussi un droit dont les garanties juridiques restent largement illusoires.

BIBLIOGRAPHIE

I. Sources législatives

A. Sources internationales

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,
4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5

Pacte international relatif aux droits et libertés fondamentales, 19 décembre 1966, 999
R.T.N.U. 171, art.9-14, R.T. Can. 1976 n 47, 6 I.L.M. 368

B. Sources canadiennes

1. Fédérales

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*,
[annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.U)]

Code criminel, L.R.C. 1985, C-34, art. 51 ; art. 59 ; art.113 ; art. 63 ; art. 64 ; art 66 ;
art 67 ; art 264 ; art.265 ; art. 270 ; art 296 ; art 300 ; art. 301 ; art 318 ; art 319 ;
art.423.

Déclaration canadienne des droits S.C., 1960, c 44,

Loi constitutionnelle de 1867 (R-U), 30 &31 Vict, c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985,
app. II, n 5

*Loi édictant la Loi sur la commnication d'information ayant trait à la sécurité du
Canada et la Loi sur la sûreté des déplacement aériens, modifiant le code criminel,
la Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité et la Loi sur
l'immigration et la protection des réfugiés et apportant des modifications
connexes et corrélatives à d'autres lois*, PL C-51, 2è sess, 41^e lég, 2015

Loi sur les mesures d'urgence, L.R.C 1985, c 22

War measures Act, 1914, 5 George V, chap. 2

2. Provinciales

a. Québec

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, 1975, ch. C-12

Code municipal du Québec, LRQ c C-27.1

Code de procédure pénale, LRQ c C-25.1

Code de la sécurité routière, RLRQ, 1987, c. C-24-2, arts : 36 ; 61 ; 102 ; 500.1
(aborgé)

Code de déontologie des policiers du Québec RLRRQ c P-13, r 1

Loi sur les cités et villes, LRQ c. C-19

Loi sur les compétences municipales, RLRQ, 2005, c. C-47.1

Loi concernant la propagande communiste, SRQ, 1941, c. 52

Loi sur la police, LRQ, 2000, chap P-13.1

Loi sur la sécurité civile, LRQ c. S-2.3

Règlement modifiant le Règlement sur la paix et le bon ordre relativement aux manifestations, assemblées, défilés et attroupements RVQ 1959

Règlement de 1970 concernant l'ordre public (1970) 104 Gaz. Can II, 1128

Règlement concernant le maintien de la paix publique et du bon ordre sur le territoire de la Ville de Gatineau, Règlement 42-2003

Règlement concernant la circulation et le stationnement dans les limites de la ville de Gatineau Règlement 300-2006

Règlement relatif à la paix et au bon ordre dans la ville de Saguenay, Règlement VS-R-2007-49

Règlement modifiant le règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public, R.V.M.Q, 2012, c. P-6

Règlement 95-450 concernant le bon ordre, la paix et la sécurité publique

Règlement 1822 (RM 460) concernant la paix, l'ordre et les nuisances

b. Autres provinces

Alberta Bill of rights, RSA 1980, chap. A-16 (Alberta)

Local Government act, RSBC 1996, c. 323 (Colombie Britannique)

Loi sur les municipalités, L.M. 1996, c.58 (Manitoba)

Loi sur les municipalités, LRO. 1990, c. M.45 (Ontario)

Loi sur les services policiers, LRO. 1990, chap. P-15 (Ontario)

Municipal Government Act, S.A. 1994, c M-26.1 (Alberta)

Municipal Government Act, S.N.S. 1998, c. 18 (Nouvelle Écosse)

B. Sources françaises

1. Sources supra-législatives

Constitution française de 1958 [en ligne] <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html>

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

Loi du 28 mars 1907 relative aux réunions publiques

Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (1).

Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public

Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne

Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme

Loi n° 2019-290 du 10 avril 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations

Loi n° 70-480 du 8 juin 1970 tendant à réprimer certaines formes nouvelles de délinquance, abrogée par la loi n° 81-1134 du 23 décembre 1981.

Code de justice administrative Art L 521-2 C J Adm

Code de la sécurité intérieure Art L211-1 à L. 211-5 ; L211-9 et L. 211-12 à L. 211-14 C Séc Int

Code pénal, Arts 62-2 ; 63-2 ; 121 ; 132 ; 222 ; 225 ; 322 ; 412 ; 431 et s. R-644-4 C pén

Code du sport, Art L332-11 C sp

Code général des collectivités territoriales, Arts L.2212-2 C. Gén. Coll. Terr

Code de procédure pénale, Arts : 40 ; 78 ; 138 C pr pén

Décret n° 74-360 du 3 mai 1974, portant publication de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, de ses protocoles additionnels, nos 1,3, 4 et 5 signés les 20 mars

1952, 6 mai 1963, 16 septembre 1963 et 20 janvier 1966, ainsi que des déclarations et réserves qui ont été formulées par le gouvernement de la république française lors de la ratification

Décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 JORF n° 261 du 9 novembre 2005

Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage

Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955

2. Source infralégislatives

Circulaire BOMJ n° 2018-11 du 22 novembre 2018 relative au traitement judiciaire des infractions commises en lien avec le mouvement de contestation dit « des gilets jaunes »

Arrêté n° 2019-00200 du 1er mars 2019 portant mesure de police applicables à Paris à l'occasion d'appels à manifester dans le cadre du mouvement dit des « gilets jaunes » le samedi 2 mars 2019

Arrêté n° 2019-00327 du 4 avril 2019 portant mesures de police applicables à Paris à l'occasion d'appels à manifester dans le cadre du mouvement dit des « gilets jaunes » le samedi 6 avril

C. Sources espagnoles

Constitution espagnole en français [en ligne]
<http://www.tribunalconstitucional.es/en/constitucion/Pages/ConstitucionFrances.aspx>

Ley organica 7/1980 de 5 de julio de *libertad religiosa* [liberté religieuse]

Ley organica 4/1981 de 1 junio de *los estados de alarma, excepcion y sitio* [états d'alarme, d'exception et de siège]

Ley organica 9/1983, del 15 de julio, *reguladora del derecho de reunion* [organisant le droit de réunion] [en ligne] http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo9-1983.html

Ley organica 2/1986, 13 mars 1986, *de fuerzas y cuerpos de seguridad* [relative aux forces et corps de sécurité]

Ley organica 1/1992 de 21 de febrero, *sobre proteccion de la seguridad ciudadana* [relative à la sécurité des citoyens] [en ligne]
<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-4252>

- Ley organica 4/1997, de 4 de agosto, *por la que se regula la utilizacion de videocamaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares publicos* [relative à l'utilisation de vidéosurveillance par les forces et corps de sécurité dans les lieux publics] [en ligne] <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-17574>
- Ley organica 4/2010, 20 mai 2010, *del regimen disciplinario del cuerpo nacional de policia* [relative au régime disciplinaire du corps national de police]
- Ley organica 4/2015 du 30 mars 2015, *de proteccion de la seguridad ciudadana* [de protection de sécurité citoyenne]
- Ley organica 1/2015 *por la que se modifica la ley Organica 10/1995, du 23 novembre 1995, delCodigo Penal* [venant modifier le code pénal]
- Code pénal*, Arts 203, 245, 477, 490, 494, 505, 510, 513, 514, 544, 547, 548, 550, 556, 557, 634 du [en ligne] http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=009_Codigo_de_Legislacion_Penal
- Ley regulando el ejercicio del derecho constitucional de reunion (15 de junio 1880) [en ligne] <http://www.ub.edu/ciudadania/textos/reunion/1880.htm>.
- Resolución del Gobierno de Madrid, 20/09/2012
- Ley 45/1959 de 30 de julio de *Orden público*
- Ley 17/1976 de 29 de mayo 1976, *reguladora del derecho de reunion* [organisant le droit de réunion]
- Ley 30/1992 de 26 de noviembre *de regimen juridico de las administraciones publicas y del procedimiento administrativo comun* [relative au régime juridique des administrations publiques et de la procédure administrative] [en ligne] <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-26318>
- Ley 29/1998, de 14 de julio *reguladora de la jurisdiccion contencioso-administrativa* [relative à la juridiction du contentieux – administratif] [en ligne] http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-16718
- Ley 39/2015, 1er octubre 2015, *del procedimiento administrativo común de las administraciones pública* [relative aux procédures administratives communes des administrations publiques]

II. Sources jurisprudentielles

A. Sources jurisprudentielles européennes

1. Cour européenne de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme

- Achouguian c Arménie*, 33268/03, 2008, CEDH
Affaire linguistique belge, 1474, 1677, 1691/62 1769, 1994/63 et 2126/64, 1968, CEDH
Alexeïev c Russie, n4916/07, 25924/08 et 14599/09, 2010, CEDH
Atilla v Turquie, 18139/07 2010, CEDH
Austin et autres c Royaume Uni, n 36692, 2012 CEDH
Baczowski et autres c Pologne, n 1543/06, 2007, CEDH
Barraco c France, n31684/05, 2009, CEDH
Çelik c Turquie, n° 36487/07, 2012, CEDH
Chassagnou c France, 25088/94, 28331/95 et 28443/95, 1999, CEDH
Chauvy et autres c France, 64915/01 2004, CEDH
Christians Against Racism and Fascism c Royaume-Uni, n 8440/78, 1980, CEDH
Christian Democratic People's Party c Moldova (n°2), n°25196/04, 2010, CEDH
Ciloglu c. Turquie, n° 73333/01, 2007, CEDH
Cissé c France, 51346/99, 2002, CEDH
Djavit An c Turquie, n20652/92, 2003 CEDH
Drieman et autres v Norvège, 33678/96, 2000, CEDH
Emine yasar c Turquie, n 863/04, 2010, CEDH
Engel c Pays Bas, n° 5100/71, 1976, CEDH
Éon c. France, 26118/10 14, 2013, CEDH
Ezelin c France, 11800/85, 1991, série A n202, CEDH
Faber c Hongrie, n° 40721/08, 2012 CEDH
Féret c Belgique, n° 15615/07, 2009, CEDH
Garaudy c France, n° 65831/01, 2003, CEDH
Güler et Ugur c Turquie, 49391/99, 2006, CEDH
Gün et autres c Turquie, 8029/07, 2013, CEDH
Guzzardi c Italie, 7367/76, 1980, CEDH
Handyside c Royaume Uni, n° 5493/72, 1976, CEDH
Hashman and Harrup v United Kingdom, 25594/94, 1999, CEDH
Herri Batasuna et Batasuna c Espagne, n° 25803/04 25817/04, 2009, CEDH
Karatepe et autres c Turquie, n° 33112/04, 36110/04, 40190/04, 41469/04 et 41471/04, 2009, CEDH
Kruslin c France, 11801/85, 1990, CEDH
Lehideux et Isorni c France, n° 24662/94, 1998 CEDH
Lopez Ostra c Espagne, 16798/90, 1994, CEDH

Malofeyeva v Russia, 36673/04, 2013, CEDH
Monnat c Suisse, n° 73604/01, 2006, CEDH
Muller et al. c Suisse, n 10737/84, 1988, CEDH
Nicol and Selvanayagam v United Kingdom, 3579/00, 2002, CEDH
Obot v Russia, 58954/09, 2019, CEDH
Öllinger c Autriche, 76900/01, 2006, CEDH
Otegi mondragon et autres c Espagne 20134/07, 2011 CEDH
Oya Ataman c Turquie, n 74552/01, 2006, CEDH
Plattform « Artze für das Leben » c Autriche, n10126/82, 1988, série A n139, CEDH
Powell et Rayner c Royaume Uni, 9310/81, 1990 CEDH
Rassemblement jurassien et unité jurassienne c. Suisse, n 8191/78, 1979, CEDH
Refah Partisi (parti de la prospérité) et autres c Turquie, n° 41340/98 41340/96. 2003, CEDH
Rune Andersson c Suède, n 12781/87, 1988, CEDH
Sigurjonsson c Islande, 16130/90, 1993, CEDH
Schwabe et M.G. c Allemagne, nos 8080/08 et 8577/08, 2011, CEDH
Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c Bulgarie, n29221/95 et n29225/95, 2001-IX CEDH
Storck c Allemagne, 61603 /00 2005, CEDH
Sunday time c Royaume Uni, n° 6538/74, 1979, CEDH
Yesilgoz c Turquie, n 45454/99, 2005, CEDH
Vajnai c Hongrie, n° 33629/06, 2008, CEDH
Vona c Hongrie, n° 35943/10, 2013, CEDH
Zülcihan Sahin et autres c Turquie, 53147/99 2005, CEDH

2. Cour de justice des communautés européennes (Cour de justice de l'Union européenne depuis)

Commission c. France, C-265/95, 1997, CJCE,
Eugen Shmidtberger, Internationale Transporte und Planzüge et Republick Osterreich, C-112/00, 2003, CJCE
Internationale Handelgesellschaft, C-11/70, 1970, CJCE,
Nold, C-4/473, 1974, CJCE

B. Sources jurisprudentielles canadiennes

1. Décisions de la Cour suprême

Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (procureur général), 2015
 CSC 1 [2015] 1 RCS 3
BCGEU c British Columbia (Procureur général), [1988] 2 RCS 214
Bédard c Dawson [1923] RCS 681
Black c. Law society of Alberta [1989] 1 RCS 591
Boucher v the King, [1951] SCR 265
Brant Dairy Co. c Milk Commission of Ontario [1973] RCS 131
Canada (C.D.P) c Taylor [1990] 3 RCS 892
Canada (procureur général) c Bedford, 2013 CSC 72 [2013] 3 RCS 1101
Carter c Canada (procureur général), 2015 CSC 5 [2015] 1 RCS 331
Catalyst Paper Corp. c North Cowichan (district) [2012] 1 RCS 5
Comité pour la République du Canada c Canada [1991] 1 RCS 139
Dagenais c SRC [1994] 3 RCS 835R. *c Mann* 2004 CSC 52 [2004] 3 RCS 59
Dedman c La Reine [1985] 2 RCS 2
Di Iorio c Gardien de la prison de Montréal [1978] 1 RCS 15
Dixon et al. v City of Edmonton [1924] RCS 640
Dupond c Ville de Montréal et autre, [1978] 2 RCS 770
Fleming c. Ontario [2019] CSC 45
Ford c Québec (Procureur général) [1988] 2 RCS 712
Global securities corps c. Colombie-Britannique (Securities commission) [2001] 1
 RCS 494.
*Greater Vancouver Transportation Authority c Fédération canadienne des étudiantes
 et étudiants – Section Colombie -Britannique*, 2009 CSC 31 [2009] 2 RCS 295
Harper v Canada (AG), 2004 SCC 33 [2004] 1 SCR 827
*Health services and support – Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie
 britannique*, [2007] 2 RCS 391
Health services, Ontario (procureur général) c Fraser, 2011 CSC 20 [2011] 2 RCS 3
*Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-
 Wentworth*, 2007 CSC 41 [2007] 3 RCS 129
Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général), [1989] 1 RCS 927
Lapointe c L'hôpital Le Gardeur [1992] 1 RCS 351
Lavigne c Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario [1991] 2 RCS
 211
Little Sisters Book & Art Emporium c Canada [2000] 2 RCS 1120
MacMillan Bloedel Ltd. c Simpson, 1996 CSC 165 [1996] 2 RCS 1048
Montréal c Arcades Amusements [1985] 1 RCS 368
Montréal (ville) c 2952-1366 Québec Inc., 2005 CSC 62 [2005] 3 RCS 141

Multiple access Ltd. c Mc Cutcheon [1982] 2 RCS 161
Nova Scotia Board of Censors v McNeil [1978] 2 SCR 622
Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson, [1998] 3 RCS 157
Ontario c Canadien Pacific Ltée. [1995] 2 RCS 1031
Ontario (Procureur général) c Fraser, 2011 CSC 20, [2011] 2 RCS 3
Osborne c Canada (Conseil du Trésor) [1991] 2 RCS 69
Ramsden c Peterborough (Ville), [1993] 2 RCS 1084
Renvoi relatif aux lois de l'Alberta (Re Alberta Statute), [1938] RCS 100
R. c Butler [1990] 1 RCS 445
R. c Clayton 2007 CSC 32, [2007] 2 RCS 725
R. c Fisceries Ltd., [1971] RCS 5
R. c Hufsky [1988] 1 RCS 621
R. c Greenbaum [1993] 1 RCS 674
R c Keegstra, [1990] 3 RCS 697
R c Lohnes, [1992] 1 RCS 167
R. c La douceur [1990] 1 RCS 1257
R. c Lucas [1998] 1 RCS 439
R. c Mac Donald 2014 CSC 3 [2014] 1 RCS 37
R. c Mellenthin [1992] 3 RCS 615
R. c Nova Scotia Pharmaceutical society [1992] 2 RCS 606
R c Oakes, [1986] 1 RCS 103
R. c Pierce Fisheries Ltd [1971] RCS 5
R. c Sault Sainte marie [1978] 2 RCS 1299
R. c Zundel [1992] 2 SCR 731
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al 195.1 (1)c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 RCS 1123
Rio hotel LTD. c N.-B (Licences et permis d'alcool) [1987] 2 RCS 59
Robichaud c Canada (Conseil du Trésor), [1987] 2 RCS 84
Ross c registraire des véhicules automobiles [1975] 1 RCS 5
Saskatchewan Federation of Labour v Saskatchewan, 2015 CSC 4 [2015] 1 RCS 245
Saskatchewan (H.R.C.) c Whatcott [2013] 1 RCS 467
Saumur v City of Québec [1953] 2 RCS 299
SDGMR c Dolphin Delivery Ltd. [1986] 2 RCS 573
SDGMR, section local 558 c Pepsi Cola Canada Beverages (West) Ltd., 2002 CSC 8, [2002] 1 RCS 156
Secrétaire du l'Île du prince-Édouard c Egan [1941] RCS 396
Shell Canada products v Vancouver [1994] 1 RCS 231

Société Radio-Canada c Canada (Procureur général), 2011 CSC 2 [2011] 1 RCS 19
Switzman v Elbing and A.G. of Quebec [1957] RCS 285
Thomson Newspapers c Canada (P.G) [1998] 1 RCS 877
Vancouver (City) v Burchill, [1932] SCR 620
114957 Canada Lté (Spray tech, Société d'arrosage) c Hudson (Ville) 2001 CSC 40
 [2001] 2 RCS 241

2. Décisions des juridictions provinciales

a. Québec

Aubert-Bonn c Montréal (Ville de) 2008 CanLII 950 (QCCA)
Bédard c R., 2009 CanLII 1473 (QCCA)
Bertrand c R., 2011 CanLII 1412 (QCCA)
Commissaire à la déontologie policière c. Abel 2003 CanLII 57341 (QCCDP)
Comité de déontologie policière c. Iacovone 2014 CanLII 22 (QCCDP)
Dea c. Monty 2003 CanLII 16556 (QCCQ)
F.G. c Ville de Montréal 2017 CanLII 5059 (QCCS)
Garbeau c Montréal (Ville de), 2015 CanLII 5246 (QCCS)
Kavanaght c. Montréal (Ville de) 2011 CanLII 4830 (QCCS)
Lessard c Cégep de Sherbrooke, 2012 CanLII 1780 (QCCS)
Ligue des Noirs du Québec c. Ville de Montréal 2019 CanLII QCCS 3319
Montréal (Ville de) c Garbeau, 2014 CanLII 75 (QCCM)
Montréal (ville de) c. Thibeault Jolin, 2015 CanLII 14 (CMQC)
R c Aubin, 2008 CanLII 4543 (QCCS)
R. c. Bédard 2009 CanLII 1473 (QCCA)
R. c. Bouchard, 1999 CanLII 2165 (RJQ)
R. c Lecompte, 2000 CanLII 8782 (QCCA)
R c. Leesment 2002 Can LII 9486 (QCCQ)
R. c. Martin, 2011 CanLII 879 (QCCQ)
R. c. Popovic 1998 CanLII 2869 (RJQ)
Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, section locale 301) c. Coll 2009
 CanLII 708 (QCCA)
Villeneuve c. Montréal 2018 CanLII 321 (QCCA)
Villeneuve c Montréal (Ville de), 2016 CanLII 2888 (QCCS)

b. Ontario

Alex Henry and Son Ltd. v. Gale et al., 1976 CanLII 806 (ONSC)

Batty v. Toronto (City) 2011 CanLII 6862 (ONCS)
Brown v. Regional municipality of Durham Police service Board, 1998 CanLII 7198 (ONCA)
Canadian Civil Liberties Association v Toronto Police Service, 2010 CanLII 3525 (ONSC)
Figueiras v Toronto (Police Services Board) 2015 CanLII 208 (ONCA)
Hersses of Woodstock Ltd c. Goldstein et al., 1963 CanLII 151 (ONCA)
Ontario (Attorney General) v Dieleman, 1994 CanLII 7509 (ONSC)
Regina c. Tortolano, Kelly and Cadwell 1975 CanLII 1248 (ONCA)
R. v Banks, 2005 CanLII 605 (ONSC)
R. c. Esposito 1985 CanLII 118 (ONCA)
R. v. Ferdinand 2004 CanLII 5854 (ONSC)
R. c. Grafe, 1987 CanLII 170 (ONCA)
R. v. Patterson 1930 CanLII 4444 (ONCA)
R. c. Puddy 2011 CanLII 399 (ONCJ)

c. Colombie Britannique

Mia v. Medical services Commission of British Columbia, 1985 CanLII 148 (BCSC)
R v Breeden, 2009 CanLII 463 (BCCA)
R. v. Kalyn & al., 1980 CanLII 2953 (SKPC)
R. v. Paulger and Les, 1982 CanLII 3848 (BCSC)
Vancouver (city) v. O'Flynn-Magee, 2011 BCSC 1647 (CanLII)
Wilson v. Medical services commission of British Columbia, 1988, CanLII 177 (BCCA)

d. Autres provinces

Calgary (City) v Bullock (Occupy Calgary), 2011 CanLII 764 (ABQB)
Fraser v Nova Scotia (Attorney General), 1986 CanLII 3977 (NSSC)
R. v. Guthrie, 1982 ABCA 201 (CanLII)

C. Sources jurisprudentielles françaises

1. Décisions constitutionnelles

a. Contrôle constitutionnel a priori

Cons const, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, 71-44 DC

- Cons. const., 15 janvier 1975, *Loi sur l'interruption de grossesse*, n° 74-54 DC
- Cons. const., 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, n° 76-75 DC
- Cons. const., 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, n° 79-107 DC
- Cons. const., 10 -11 octobre 1981, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, 84-181 DC
- Cons const, 20 janvier 1981, *sur la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, 80-127 DC
- Cons. const, 30 décembre 1981, *Loi de finances pour 1982*, n° 81-133 DC
- Cons. const., 5 janvier 1982, *Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social*, n° 81-134 DC
- Cons const, 27 juillet 1982, *Loi relative à la loi sur la communication audiovisuelle*, 82-141 DC
- Cons. const., 19 et 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, n° 83-162 DC
- Cons. const., 26 juillet 1984, *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*, 84-173 DC
- Cons. const., 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, 85/185 DC
- Cons const, 25 janvier 1985, *sur la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, 85-187 DC
- Cons. const., 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 86-216 DC
- Cons. const., 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication* n° 86-217 DC
- Cons. const., 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC
- Cons. const., 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, n° 89-271 DC
- Cons. const., 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 92-307 DC.
- Cons const, 5 aout 1993, *Loi relative aux contrôles et vérification d'identité*, n 93-323 DC

- Cons. const., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, n° 93-325 DC
- Cons Const, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, 94-343/344 DC
- Cons const, 18 janvier 1995, *sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité* (1985) 94-352 DC
- Cons. const., 30 décembre 1995, *Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale*, n° 95-370 DC
- Cons. const., 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, n° 96-378 DC
- Cons. const., 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageur*, n° 99-411 DC
- Cons. Const. du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, n 99-421 DC
- Cons. const., 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, 2000-433 DC
- Cons. const., 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, n° 2003-467 DC
- Cons. const., 1er juillet 2004, *Loi relative aux communication électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n° 2004-497 DC
- Cons. const., 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, 2004-500 DC
- Cons. const., 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, n° 2004-506 DC
- Cons const., 1er juillet 2004, *Loi relative aux communication électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n° 2004-497 DC
- Cons const, 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, n 2005-532 DC
- Cons. const., 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la sécurité de l'information*, n° 2006-540 DC
- Cons. const., 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, n° 2007-550 DC
- Cons const, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, 2008-562 DC

- Cons Const, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, n° 2009-580 DC
- Cons const, 19 novembre 2009, *Loi pénitentiaire*, n° 2009-593 DC
- Cons. const., 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, n° 2010-604 DC
- Cons const, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, n° 2010-613 DC
- Cons. const., 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, n° 2011-631 DC
- Cons. const., 28 décembre 2011, *Loi de finance*, n° 2011-644 DC
- Cons const, 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, 2012-647 DC
- Cons. const., 29 décembre 2013, *Loi de finance pour 2014*, n° 2013-685 DC
- Cons. const., 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, n° 2019-780 DC

b. Questions prioritaires de constitutionnalité

- Cons. const., 28 mai 2010, *Union des familles en Europe* [Associations familiales], n° 2010-3 QPC
- Cons. const., 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.* [Hospitalisation sans consentement] n° 2010-71 QPC
- Cons, const., 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre* [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans] n° 2011-131 QPC
- Cons. const, 17 février 2012, *Ordre des avocats au Barreau de Bastia*, n° 2012-223 QPC
- Cons const, 8 juin 2012, *M. Mickaël D.*, 2012-253 QPC
- Cons. const., 18 juin 2012, *Société OLANO CARLA et autres*, n° 2012-257 QPC
- Cons. const., 7 juin 2013, *M. Philippe B.* [Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision], n° 2013-319 QPC
- Cons const, 14 juin 2013, *M. Yacine T. et autres*, n° 2013-320/321 QPC
- Cons const, 25 avril 2014, *M. Angelo R.*, n° 2014-393 QPC
- Cons. const., 22 décembre 2015, *Cédric D.*, n° 2015-527 QPC
- Cons. const., 19 février 2016, *Ligue des droits de l'Homme* [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence], n° 2016-535 QPC

- Cons. const., 8 janvier 2016, *Vincent R*, n° 2015-512 QPC
 Cons. const., 9 juin 2017, *M. Emile L.* [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence] n° 2017-635 QPC
 Cons. const., 11 janvier 2018, *Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zone de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence]*, n° 2017-684 QPC
 Cons. const., 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autres* [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme] n° 2017-695 QPC

2. Décisions des juridictions ordinaires

1. Décisions des juridictions administratives

- *Décisions du Conseil d'État*

- CE, 19 mai 1905, *Mme Juvenon*, (1905), Rec 448, n° 15813
 CE, 28 juillet 1905, *Gay*, Rec 685, n° 11328
 CE, 22 mars 1907, *Mme Delpech*, (1907) Rec 279, n° 17949
 CE, 11 avril 1913, *Mmes Langier*, (1913) Rec 388, n° 42823
 CE, 3 avril 1914, *Astaix, Kastor et autres*, (1914) Rec 447
 CE, 10 août 1917, *Baldy*, n 59855
 CE, 17 décembre 1919, *Chambre syndicale des marchands de vin et liquoristes de Paris*, (1919) Rec 990
 CE, 7 novembre 1924, *Club indépendant sportif châlonnais*, (1924), Rec 863
 CE, 11 mars 1925, *Sieur Vanlaer*, (1925), Rec 252
 CE, 30 mai 1930, *Beaugé*, (1930) Rec 582
 CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, (1933) Rec 541
 CE, 19 juillet 1933, *Dame Belin*, (1933) Rec 792
 CE, ass., 23 décembre 1936, *Bucard*, (1936), Rec 1151
 CE, 3 janvier 1945, *Brosse*, (1945) Rec 297
 CE, 5 mars 1948, *Jeunesse indépendante chrétienne féminine*
 CE, ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, (1951), Rec 362, n 00590
 CE, 13 février 1953, *Hubert de Ternay*, (1953) Rec 66
 CE, 19 février 1954, *Union des syndicats ouvriers de la région parisienne CGT*, (1954), Rec 113
 CE, 16 mars 1956, *Epoux Domenech*, (1956), Rec 124
 CE, 11 juillet 1956, *Association des combattants de la paix et de la liberté et autres*

- CE, Sect., 18 décembre 1959, *Société Les films Lutetia*, n° 36385
- CE, 24 juin 1960, *Société Frampar*, (1960) Rec 412, n° 42289
- CE, 3 mai 1974, *Mutuelle nationale des étudiants de France*, AJDA 1975 n° 83702
- CE, 12 octobre 1983, *Commune de Vertou*, n° 41410
- CE, 23 novembre 1984, *Roujansky*, n° 60106
- CE, 20 décembre 1985, *SARL « Editions du Pharaon »*, n° 68467
- CE, ass. plénière 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243
- CE, ass., avis, 6 avril 1990, *Société Cofiroute et SNCF*, n° 112497
- CE, 2 juillet 1993, *Jacques Saldou* n° 107126
- CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727
- CE, 20 mai 1996, *Société Vortex*, n° 167694
- CE 9 octobre 1996, *Association « ici et maintenant »*, (1996), Rec 401
- CE Ass., 6 décembre 1996, *Société Lambda*, (1996) Rec 466
- CE, 23 mai 1997 n° 176924 *Société Amérique Europe Asie*, (1997) Rec 196
- CE, 12 novembre 1997, *Ministre de l'Intérieur c Assoc. « Communauté tibétaine de France et ses amis »*, n° 169295
- CE, 29 décembre 1997, *Maugendre*, n° 164299
- CE, ord., 9 janvier 2001, *Desperthe*, n° 228928
- CE, 24 février 2001, *Tibéri*, n° 230611
- CE, ord., 9 juillet 2001, *Préfet du Loiret*, n° 253638
- CE, ord., 27 juillet 2001, *Ville d'Etampes*, n° 236489
- CE 19 août 2002, *Front national Institut de formation des élus locaux*, (2002) Rec 311, n° 249666
- CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, (2002) Rec 463, n° 233618
- CE, 25 juin 2003, *Assoc. « SOS tout petits » et Monsieur Joseph. L.*, n° 223444
- CE, 30 décembre 2003, *Lehembre et a.*, n° 48 2264
- CE ord, 14 novembre 2005 *Rolin*, n° 286835
- CE 30 août 2006, *Association Free Dom*, (2006) Rec 392, n° 276866
- CE, ord., 5 janvier 2007, *Ministre de l'Intérieur c. Association « Solidarité des Français »*, n° 300311
- CE, 16 février 2009, *Madame Hoffman Glemane*, n° 315499
- CE, 31 août 2009, *Commune de Crégols*, (2009) Rec 343, n° 296458
- CE, ord., 26 février 2010, *Commune d'orvault*, n° 336837
- CE, 3 décembre 2010, *Madame A.*, n° 334683
- CE, 23 février 2011, *Syndicat national des enseignements de second degré et autres*, n° 329477

- CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, (2011), Rec 505, n° 317827
- CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus*, n° 353856
- CE ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société les productions de la plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508
- CE, Ord., 10 janvier 2014, *SARL Les productions de la plume et M.D.*, n° 374528
- CE, Ord 11 janvier 2014, *SARL Les production de la Plume et M. D.*, n° 374552
- CE, 30 juillet 2014, *La Cimade*, (2014) Rec 252, n 375430
- CE, Ord., 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*, n 387726
- CE, Ord., 16 avril 2015, *Société Grasse boulange*, n° 389372
- CE, 23 novembre 2015, *Ministre de l'Intérieur, commune de Calais*, (2015), Rec 401 n° 394540 et 394568
- CE Ord., 11 décembre 2015, *M.C.*, n° 395009

- ***Décision des tribunaux administratifs***

- Trib Adm Paris, 7 mai 1986, *Association le Front national, section de Chartres c Ville de Chartres*, n° 63105 et 63106/4
- Trib Adm Paris, 16 décembre 1994, *Le Front national*, n 9307692/4
- Trib Adm Lyon, Ord., 4 février 2004, *M. D et société Bonnie productions*, n 0400521
- Trib Adm Poitiers, 16 avril 2009, *SARL Bonnie production et M.D.*, n 0900942
- Trib Adm Châlons en Champagne, Ord., 24 avril 2009, *Société production de la plume et M.D.*, n 0900785
- Trib adm Lille, Ord., 23 septembre 2009, *M. C.*, n 0906035 et 0906034
- Trib Adm Grenoble, Ord, 25 octobre 2009, *Société production de la plume et M.D.*, n° 0904828
- Trib Adm Nantes, Ord, 4 février 2010, *M. Fet M. D.*, n 1000575
- Trib Adm Nantes, Ord., 16 mai 2011, *SARL Phone Mobile et M. D.*, n 1104629
- Trib adm Grenoble, ord., 25 mai 2011, *Association frère d'avenir et M. D. Villefontaine*, n 1102811
- Trib adm Bordeaux, ord. 27 février 2012, *Société Phone Mobile et M. D.*, n 1200673
- Trib adm Paris, 20 mars 2013, ord. n° 130383/9
- Trib adm Montpellier, ord. 23 mai 2013, *Société Chrystel Camus Productions et M.D.*, n 132275
- Trib Adm Pau, Ord., 8 janvier 2014, *SARL Les productions de la plume et M.*, n 1400010

Trib adm Nantes, Ord., 9 janvier 2014, SARL *Société de la plume et Dieudonné*, n° 1400110

Trib adm Paris, 9 décembre 2014, *Centre Dumas-Pouchkine des diasporas et cultures africaines c/ Ville de Paris*, AJDA 2015. 199, n° 1430123/9

Trib adm Nice, 26 mars 2015, CRAN, AJDA 2015. 664, n° 1501179

Trib adm Nice, 17 juin 2015, SARL *Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 1502259

Trib Adm Paris, 17 mai 2016, ord. n° 1607416/9

- ***Décision des cours d'appels administratives***

Cour d'Appel Administrative de Nantes, 24 juin 1999, *Penelle*, n° 96NT00832

Cour d'appel Administrative de Bordeaux, 2^e Chambre, 17 janvier 2000, n° 96BX01719

Cour d'Appel Administrative de Nantes, 3^e ch., *Association SOS tout petits*, 11 mai 2000, N 98NT01009

Cour d'Appel Administrative de Paris, 20 juin 2016, *Mickaël L.*, n° 16 PA01210

Décision des juridictions judiciaires

Cour Cass crim., 12 avril 1967 n° 66-93.438

Cour Cass, ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Café Jacques Vabre*, n° 73-13.556

Cour cass., crim., *Saïdi*, 4 mai 1994, n° 93-84.547

Cour Cass. Crim., 1^{er} mars 2006 n° de pourvoi : 05-84444

Cour Cass. crim., 5 mars 2013, n° 12-87.087

Cour Cass. crim., 25 février 2014, QPC, n° 13-90.039

Cour Cass. crim., 18 octobre 2016, QPC, n° 15-84.940

Cour cass. Crim., 23 janvier 2018, n° 17-83.077

TGI Paris, 17^e chambre, 22 mars 2007, *Société des Habous et des lieux saint de l'Islam c/ Val.*, n° 0621308076

D. Sources jurisprudentielles espagnoles

1. Décisions du tribunal constitutionnel espagnol

Tribunal constitucional, 16 mars 1981, n°6/1981 (Espagne)
Tribunal constitucional, 8 avril 1981, n°11/ 1981 (Espagne)
Tribunal constitucional, 29 janvier 1982, n° 2/1982 (Espagne)
Tribunal constitucional, 16 juin 1982, n° 32/1982 (Espagne)
Tribunal constitucional, 15 octobre 1982, 62/1982 (Espagne)
Tribunal constitucional, 11 octobre 1985, n° 115/1985 (Espagne)
Tribunal constitucional, 16 décembre 1986, n°159/1986 (Espagne)
Tribunal constitucional, 29 juin 1987, 109/1987, (Espagne)
Tribunal constitucional, 21 janvier 1988, 3/1988 (Espagne)
Tribunal constitucional, 28 avril 1988, n° 85/1988 (Espagne)
Tribunal constitucional, 8 juin 1988, n 107/1988 (Espagne)
Tribunal constitucional, 21 décembre 1988, 254/1988 (Espagne)
Tribunal constitucional, 28 février 1989, 51/1989 (Espagne)
Tribunal constitucional, 20 avril 1989, 69/1989 (Espagne)
Tribunal constitucional, 15 mars 1990, 46/1990 (Espagne)
Tribunal constitucional, 29 mars 1990, n° 59/1990 (Espagne)
Tribunal constitucional, 13 mai 1991 n°101/1991 (Espagne)
Tribunal constitucional, 8 juillet 1993, 226/1993 (Espagne)
Tribunal constitucional, 18 novembre 1993, 341/1993 (Espagne)
Tribunal constitucional, 5 mai 1994 n°127/1994 (Espagne)
Tribunal constitucional, 14 novembre 1994, 306/1994 (Espagne)
Tribunal constitucional, 12 décembre 1994, 325/1994, (Espagne)
Tribunal constitucional, 8 mai 1995, n° 66/1995 (Espagne)
Tribunal constitucional, 11 décembre 1995 n°176/1995 (Espagne)
Tribunal constitucional, 28 mars 1996, 55/1996 (Espagne)
Tribunal constitucional 21 juillet 1997, 137/1997, (Espagne)
Tribunal constitucional, 29 septembre 1997, 157/1997 (Espagne)
Tribunal constitucional, 17 février 1998, n° 37/1998 (Espagne)
Tribunal constitucional, 20 juillet 1999, n° 136/1999 (Espagne)
Tribunal constitucional, 14 février 2000, 42/2000, (Espagne)
Tribunal constitucional, 13 avril 2000,1 04/2000, (Espagne)
Tribunal constitucional, 15 novembre 2000, 273/2000 (Espagne)
Tribunal constitucional, 30 novembre 2000, 292/2000 (Espagne)
Tribunaul constitucional, 13 décembre 2001, 234/2001, (Espagne)
Tribunal constitucional, 27 octobre 2001, 195/2003 (Espagne)
Tribunal constitucional, 25 avril 2002, 96/2002 (Espagne)

Tribunal constitucional, 15 juillet 2002, 144/2002 (Espagne)
 Tribunal constitucional, 18 juillet 2002, 154/2002 (Espagne)
 Tribunal constitucional, 12 mars 2003, n°48/2003 (Espagne)
 Tribunal constitucional, 27 mars 2006, 90/2006 (Espagne)
 Tribunal constitucional, 3 avril 2006, 110/2006 (Espagne)
 Tribunal constitucional, 22 mai 2006, 163/2006 (Espagne)
 Tribunal constitucional 23 octobre 2006, 301/2006 (Espagne)
 Tribunal constitucional, 7 novembre 2007 n° 235/2007 (Espagne)
 Tribunal constitutionnel, affaire n° 2896-2015. Asunto : recurso de inconstitucionalidad promovido por mas de cincuenta diputados de los grupos parlamentarios Socialista : IU ICV-EUiA, CHA : La Izquierda plural ; Union Progreso y democracia y grupo Mixto del congreso de los diputados sobre arts 19.2, 20.2 , 36.2, 36.23, 37.1 en relacion con el 30.3, 37.3, 37.7 y la disposicion final primera de la *ley organica 4/2015 de 30 marzo de proteccion de la seguridad ciudadan*

2. Décisions du tribunal suprême espagnol

Tribunal supremo, 28 février 1998, n 258/1998 (Espagne)
 Tribunal surpemo, 12 novembre 1998, n 1344/1998 (Espagne)
 Tribunal surpemo, 26 novembre 1998, n 1487/1998 (Espagne)
 Tribunal supremo, 8 mars 1999, n 338/1999 (Espagne)
 Tribunal supremo 14 mai 1999, n 757/1999 (Espagne)
 Tribunal supremo, 27 septembre 1999, 1321/99 (Espagne)
 Tribunal supremo, 30 novembre 1999, n 1377/1999 (Espagne)
 Tribunal supremo, 21 octobre 2000, n 1604/2000 (Espagne)
 Tribunal supremo, 25 octobre 2002, n 1792/2002 (Espagne)
 Tribunal supremo, 23 février 2004, n 210/2004 (Espagne)
 Tribunal supremo, 10 novembre 2004, n 1312/2004 (Espagne)
 Tribunal supremo, 2 juin 2005, n 708/2005 (Espagne)
 Tribunal supremo 10 février 2006, n 146/2006 (Espagne)
 Tribunal supremo, 18 mai 2007, n 468/07 (Espagne)
 Tribunal surpemo, 19 juillet 2007, n 672/2007 (Espagne)
 Tribunal supremo, 13 octobre 2007, n 672/2007 (Espagne)
 Tribunal supremo, 16 février 2008, n 326/2008 (Espagne)
 Tribunal supremo, 13 octobre 2009, 987/09 (Espagne)
 Tribunal supremo, 20 juillet 2011, 865/11 (Espagne)
 Tribunal supremo, 2 novembre 2011, n 1125/2011 (Espagne)
 Tribunal supremo, 17 avril 2015, 199/15 (Espagne)

Tribunal supremo, 20 juillet 2015, 3455/2015 (Espagne)

Triunal supremo, 20 juillet 2015, 580/14 (Espagne)

Tribunal supremo, 14 décembre 2015, 328/14 (Espagne)

E. Source jurisprudentielles étrangères

Abrahams v. United States [1919] 250 U.S 616

Clark v. Community for creative non-violence 468 U.S. 288 (1984)

Collin v. Smith, 1978, 578 F.2d 1197 (7th Cir.)

Perry Education association v. Perry Local Educators' association, 460 U.S. 37 (1983)

R. c. Waterfield [1963] 3 AIII ER 659 (CA) (English court of appeal)

Schenck v. Pro-Choice Network of Western New York 519 U.S. 357 (1997)

Texas v. Johnson (1989) 491 US 367

Tinker v. Des moines school district (1969) 393 U.S. 503

United State v. O'Brien (1968) 391 U.S 367

West Virginia State bd of Education v. Barnette (1943) 319 U.S 624

Wooley v. Magnard 430 U.S .705 (1997)

III. Sources doctrinales

A. Canada

1. Ouvrages généraux canadiens

a. Droit constitutionnel

Beaudoin, Gérard-A., Tarnopolsky, Walter S. *La Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson-Lafleur, 1982, 770 p.

Beaudoin Gérard-A., *Le partage des pouvoirs*, 3e éd., édition de l'Université d'Ottawa, 1983, 684 p.

Beaudoin, Gérard-A., Tarnopolsky, Walter S., *La Charte canadienne des droits et libertés*, 2è, Montréal, Wilson-Lafleur, 1989, 1058 p.

Baudoin, Gérard-A avec la collaboration de Thibault, Pierre, *Les droits et libertés au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2000

Beaudoin, Gérard-A., *La constitution du Canada- Institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, 3e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, la collection bleue, 2004, 1490p.

Brun, Henri, Tremblay, Guy et Brouillet, Eugénie, *Droit constitutionnel*, Vè, Cowansville, Québec : Éditions Yvon Blais, 2008, 1548p.

- Chevrette, François et Marx, Herbert, *Droit constitutionnel – notes et jurisprudence*, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 1982
- Côté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 4e éd, Montréal, Éditions Thémis, 2009, 865 p.
- Hogg, Peter, *Constitutional Law of Canada*, éditions feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 1997,
- Hogg, Peter, *Constitutional Law*, Thomson Carswell, Student edition 2007, 1436 p.
- Loslier Sylvie, Pothier Nicole, *Droits et libertés : à visage découvert au Québec et au Canada*, 2002, Montréal : Chenelière/ Mc Graw- Hill, 176 p.
- Roach, Ken, *Constitutional Remedies in Canada*, 2e éd. (édition à feuilles mobiles), Toronto, Canada Law Book Inc.
- Tremblay, Luc B., Webber, Grégoire C. N., *La limitation des droits de la Charte: essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes/ The limitation of Charter rights : critical essays on R. v. Oakes*, Montréal, thémis 2009, 181p.

b. Droit administratif

- Dussault, René, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, t. 1 Québec, Presses de l'université Laval 1974
- Gendreau, Paul-Arthur, Thibault, France, Ferland, Denis, Cliche, Bernard et Gravel Martine, *L'injonction*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, p. 134 et ss.
- Labrecque, Pierre, *Le domaine public foncier au Québec*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997
- L'heureux, Jacques, *Droit municipal québécois*, tome II, Montréal Wilson et Lafleur/Sorej, 1984, 757 p.

c. Droit pénal

- Ashworth, Andrew, Horder, Jeremy, *Principles of criminal law*, 7è édition, Oxford, Oxford University press, 2013
- Ashworth Andrew, Zedner, Lucia, Tomlin, Patrick, dir. *Prevention and the limits of the criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2013
- Ashworth Andrew, Zedner, Lucia, *Preventive justice*, Oxford, Oxford University Press, 2014
- Coté- Harper, Gisèle, Rainville, Pierre et Turgeon, Jean, *Traité de droit pénal canadien*, 4è édition Cowansville (QC), Yvon Blais
- Cournoyer, Guy, Ouimet, Gilles, *Code criminel annoté 2016*, Montréal, Yvon Blais, 2015
- Cross, Jones, *Introduction to criminal Law*, 10 è édition par Richard Card, Londres, Butterworth, 1984
- Delamare, Nicolas, *Traité de la police*, t1, 2è éd, Paris, Michel Brunet, 1722

- Dubois, Alain, Schneider, Philip, *Code criminel et lois connexes annotées 2016*, Montréal, Lexis Nexis Canada 2015
- Farmer Lindsay, *Making the Modern Criminal Law : criminalization and civil order*, Oxford, Oxford University Press, 2016
- Fortin Jacques, Viau, Louise, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Éditions Thémis, 1982, 452 p.
- Norrie, Alan, *Crime, Reason and History: A Critical Introduction to Criminal Law*, 3e éd, coll Law in Context, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 451 p.
- Parent, Hugues, *Traité de droit criminel, Tome 2, La culpabilité*, 3è éd, Montréal, Éditions thémis, 2014, 790 p.

2. Ouvrages spécialisés

- Abernathy, Mabra Glenn, *The right of assembly and association*, Columbia, University of south carolina Press, 1961
- Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2è éd., Oxford New York : Oxford University Press, 2005, 526 p.
- De mistral, Armand, *The limitation of human right in comparative constitutional law*, 1986, Cowansville Québec, Yvon Blais 593 p.
- Fernandez, Luis A., *Policing Dissent: Social contrlo and the anti-globalization movement*, New Brunswick, Rutgers University Press 2008
- Forget, Patrick, *Sur la manifestation. Le droit et l'action collective*, Montréal, Liber, 2005, 176p.
- Head, Michael, *Crimes against the State: From reason to terrorism*, Farnham (Surrey, R-U), Ashgate, 2011, 310 p.
- Jolin, Louis, Lebel, Georges, dir., *L'association : du contrôle à la liberté*, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Itée, 2001
- Salát, Orsolya, *The Right to Freedom of Assembly – A Compartive Study*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015, 304 p.
- Schneidermann, David dir. *Freedom of expression and the charte*, Scarborough (Ont.), Thomson professional Publ., 1991
- Sherr, Avrom, *Freedom of protest, public order and the law*, Oxford Basil Blackswell, 1989
- Waddington David, *Contemporary, Issues in public disorder – a comparative and historical approach*, London, Routledge, 1991

3. Articles doctrinaux canadiens

- Adoua, Sydney, « L'impact de la loi antiterroriste canadienne sur les libertés fondamentales », (2007)10 RTDH 1087-1100

- Allard, France, « L'impacte de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) *Revue du Barreau* 1-72
- Ashworth, Andrew, Zedner, Lucia, « Prevention and criminalization justifications and limits » (2012) 15 *New crim. L. Rev.* 542
- Babineau, Gabriel, « La manifestation : une forme d'expression collective », (2012), 53, *C. de D.* 761
- Beaudoin, Gérald- A, « L'équilibre délicat entre la sécurité publique et les droits individuels : le point de vue d'un législateur » (2003) *N spécial, Revue du Barreau* 75
- Beaulac, Stéphane, « Les bases constitutionnelles de la théorie de l'imprécision : partie d'une précaire dynamique globale de la Charte », (1995) 55 *R. du B.* 257
- Benyekhlef, Karim, « Constitution et médias au Canada et aux États Unis » *AIJC*, XI 1995, pp. 467 486
- Bernier, Dominique et Rouleau, Caroline, « Remèdes constitutionnels de l'article 24 de la Charte canadienne », dans Robert, M.-P. et Roy, S. (dir.), *JurisClasseur Québec – Collection Droit pénal: Preuve et procédure pénales*, édition à feuilles mobiles, Montréal, LexisNexis Canada Inc., 2014, fascicule 13.
- Blache, Pierre et Comtois, Suzanne, « L'affaire Ross: Normes de contrôle judiciaire — Droits de la personne — Insuffisance de preuve. Rapport entre la norme de raisonnabilité de l'article 1 de la Charte et celle du droit administratif », (1997) 57 *R. du B.* 105.
- Binette, André, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la structure de la Constitution du Canada » (2003) *N spécial, Revue du Barreau* 107 -149
- Bisson, Alain-François, « La charte québécois des droits et libertés de la personne et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels » (1986) 17 n 1 *Revue de droit. Université de Sherbrooke*
- Boisvert, Ann- Marie, « La constitutionnalisation de la mens rea et l'émergence d'une nouvelle théorie de la responsabilité pénale », (1998) 77 *Can. B. rev.* 126
- Boisvert, Anne-Marie, André Jodouin, « De l'intention à l'incurie : le déclin de la culpabilité morale en droit pénal canadien », (2002) 32 *Rev. Gen.* 759
- Bosset, Pierre, « Les mouvements racistes et la Charte des droits et libertés de la personne », (1994) 35 *C. de D.* 583-625, 3
- Bosset, Pierre, Coutu, Michel, « La charte québécoise, acte fondateur ou loi ordinaire ? Le statut de la Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre juridique québécois », (2015) hors-série 39 *Revue québécoise de droit international*. P. 37-60
- Bourgeois, Pierre, « L'intérêt public, ce mal-aimé », dans *Développements récents en droit de l'éducation* (1999), Formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1999, p. 1
- Bredt, Christopher D. et Pessione, Heather K., « The Death of Oakes: Time for a Rights-Specific Approach? », (2013) 63 *S.C.L.R.* (2d) 485

- Brouillet Eugénie, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs » (2010) 3 Revue Québécoise de droit constitutionnel pp.1-22.
- Brunelle, Christian, Coutu Michel, et Trudeau, Gilles, « La constitutionnalisation du droit du travail: un nouveau paradigme », (2007) 48 C. de D. 5.
- Brunelle, Christian, « La liberté d'association se porte mieux: un commentaire de l'arrêt Health Services », dans Collection de droit 2016-2017, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 237.
- Burchill, John, « A horse gallops down a street... policing and the resilience of the common law » (2018), 41 Man L.J. pp.161-210
- Carissima, Mathen, « Rational connections : Pakes, Section 1 and the Charter's legal rights » (2012) 43 Ottawa L.Rev. 491
- Caron, Madeleine, « L'utilisation du droit international aux fins d'interprétation et d'application de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec », (1984) 1 revue québécoise de droit international. P.3017-317
- Chevrette, François, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit » (1987) 21 n 3 Revue juridique Thémis 461-489
- Choudhry, Sujit, «So What Is The Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1», (2006) 34 S.C.L.R. (2d) 501
- Choudhry, Sujit, « Rights adjudication in a plurinational state : the Supreme court of Canada, Freedom of religion, and the politics of Reasonable accomodation » (2013) 50 Osgoode hall L. J. 575
- Choko, Maude, « La nouvelle trilogie de la Cour Suprême du Canada relative à la liberté d'association : source de réjouissance pour les travailleurs autonomes », (2016) 57 C. de D. 427
- Coutu, Michel, Giroux, Marie-Hélène, « La Charte canadienne des droits et libertés dans la foulée de l'après 11 septembre : l'expulsion des réfugiés et les normes de droit international » (2004) RUDH 49-56
- Daly, Paul, «Prescribing Greater Protection for Rights: Administrative Law and Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms», (2014) 65 S.C.L.R. (2d) 249
- de Montigny, Yves, « Désobéissance civile en contexte canadien et contemporain », (1982) 13 n 2 RGD 381
- de Montigny, Yves, « La sécurité nationale devant les tribunaux : un équilibre précaire entre droit fondamentaux et sureté de l'État », (2016) 1 Les conférences Chevrette [Marx (1)] 6.
- Di Iorio, Nicola. (dir.), «La liberté d'association», dans Collection de droit 2016-2017, vol. 8: Droit du travail, École du Barreau du Québec, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 115.
- Dodek, Adam M., «Where Did (Section) 1 Come From? The Debates Over the Limitations Clause at the Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on the Constitution, 1980-81», (2009-2010) 27 N.J.C.L. 77

- Dufraimont, Lisa, « Canada Attorney general v. Bedford and the limits on substantive criminal law under section 7 » (2015) 67 SCLR (2d) 483
- Dumais, Catherine, « la cour supreme du Canada et l'imprécision : quand l'avertissement raisonnable devient symbolique » (2005-6) 36 RDUS 289
- Dupuis-Déri, Francis, « Émergence de la notion de « profilage politique » : répression policière et mouvements sociaux au Québec » (2014) 33 :3 Politique et sociétés pp. 31-56
- Etherington, Brian, « Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate » (1987) 19 Rev. Ottawa 1-48
- Frenette, Geneviève, « Le test de l'article premier de la Charte canadienne : analysé, revu et critiqué », (2005) 18 R.J.E.U.L. 145
- Grimm, Dieter, « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence », (2007) 57, U. Toronto L.J. 383.
- Hébert, Jean-Claude, « Troubler la paix et les liberté fondamentales », (1985) 19 R.J.T. 237
- Hogg, Peter W., Bushell, Allison A., « The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of rights isn't such a bad thing after all) » (1997) 35 n 1 Osgoode Hall L.J. 75
- Huot, François, « Le point sur les Chartes et les lois qui protègent les Québécois », (1987) 9 n 4 Justice 16-22
- Inazu, John F, « The forgotten freedom of assembly », (2010), 84, Tul. L.Rev, 565
- Jochelson, Richard, « Ancillary issues with oakes : the development of the waterfield test and the problem of fundamental constitutional theory » (2012-2013), 43 R.D Ottawa pp. 355-377
- Jodouin, André « la liberté de manifester » (1970) 1 RGD 9
- Kaminski, Margot, « Incitement to riot in the age of Flash mob » (2013) 81 :1 U Cin L Rev 1 16
- Kiss, Alexandre, « La charte québécoise des droits et libertés vue de l'extérieur », (1986) 17 Revue de droit Université de Sherbrooke p. 7-17
- Lalonde, Marc, « Paix, ordre et bon gouvernement : les pouvoirs municipaux et l'arrêt Ville de Hudson » (2002) 22 : 1 Bulletin municipal pp.13-37
- Lebel, Louis, « Protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », (2004) 49 Mc Gill L.J. 231
- Lemonde, Lucie, Gabrielle Ferland-Gagnon, « Les étapes de la mobilisation citoyenne et de l'adoption de la loi contre les poursuites-baillons » (2010), 51, C. de D. 195.
- MacDonnelle, Vanessa A, « R v Sinclair: Balancing Individual Rights and Societal Interests outside of section 1 of the Charter » (2012) 38 Queen's L.J 137
- MacKay, Wayne, « Freedom of expression: is it all just talk? » (1989), 68 R. du B. can. 713
- Mockle, Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global » (2012) 53 C. de D. 3

- Moon, Richard, « Access to public and private property under freedom of expression » (1988) 20 Ottawa L. rev. 339-376
- Morel, André, « La coexistence des Chartes canadienne et québécois : problèmes d'interaction », (1986) 17 n 1 Revue de droit Université de Sherbrooke p 49-84
- Morin, Jacques-Yvan, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 Revue juridique Thémis p.25-69
- Nadeau, Gaston, « Les limitations à la liberté de manifestation et d'association » (1978) 19 C de D. 1001
- Paradis, Yves et Lauzon, Benoît, « La Charte canadienne : procédure et principes de base », dans Collection de droit 2016-2017, vol. 11: Droit pénal – Procédure et preuve, École du Barreau du Québec, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 217.
- Parent, Hugues, « Histoire de l'acte volontaire en droit pénal anglais et canadien » (2000) 45 R.D. Mc Gill 975
- Penafiel, Ricardo, « Criminalisation de la participation citoyenne des démocratie participatives » (2015) Hors série Revue québécoise de droit internationale 247
- Pépin, Gilles, « L'indépendance des tribunaux administratifs et l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne », (1990) 50 n 4 Revue du Barreau 766-792
- Pinard, Danielle, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel » (1997) 31 R.J.T. 315
- Proulx, Daniel, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles » (2003) Revue du Barreau 485-542
- Rainville, Pierre « La responsabilité par appartenance ou les incertitudes conceptuelles et constitutionnelles portant sur l'article 21 (2) C. Cr. » (2008) 112 RCDP 161
- Ramsay, Peter, « Democratic limits to preventive criminal law », in Ashworth, Andrew, Zedner, Lucia, Tomlin, Patrick, *Prevention and the limits of the criminal law*, 2013, Oxford university press, p. p.214-234
- Roach Kent, Schneiderman, David, « Freedom of expression in Canada » (2013) 61 SCLR (2d) 429
- Rothstein Marshall, « Section 1: Justifying Breaches of Charter Rights and freedoms » (1999) 27 n 2 Man. L.J 171
- Sethi, Chanayaka, « Beyond Irwin Toy: a new approach to freedom of expression under the Charter », (2012) 17 Appeal pp.21-45
- Shandal, Vinay, «Combining Remedies Under Section 24 of the Charter and Section 52 of the Constitution Act, 1982: A Discretionary Approach», (2003) 61 U. of T. Fac. L. Rev. 175.
- Sourmany, Louis, « Le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique » (1977) 18 Cahier de Droit 91-154
- Sormany, Louis, « La portée constitutionnelle du préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique » (1977) 18 n 1 C. de D. 91
- Stoykewych, Roman, « Street legal: constitutional protection of public demonstration in Canada » (1985) 43 U. Toronto Fac. L. Rev. 43

- Stribopoulos, James, « The rule of law on trial: police powers, public protest and the G20 » in Margaret E Beare, Nathalie des Rosiers et Abigail C Deshman dir, *Putting the State on trial: the policing of protest during the G20 summit*, Vancouver, UBC, Press, 2015, 105
- Sylvestre, Marie-Eve, « Quand le problème c'est aussi la solution » les gangs de rue et la multiplication des systèmes normatifs de prise en charge pénale » (2010) 40 :1 RGD 179
- Sylvestre, Marie-Eve, Villeneuve Menard, Francis, Fortin, Véronique, Bellot, Céline, Blomley, Nicholas, « Conditions géographiques de mise en liberté et de probation imposées aux manifestants : Une atteinte injustifiée aux droits à la liberté d'expression de réunion pacifique et d'association » (2017) 62 :4 Mc Gill L.J. 923 pp.923- 972
- Toprani, Akash, «A Tale of Two Section Twenty-Fours: Towards a Comprehensive Approach for Charter Remedies», (2012) 70 U. of T. Fac. L. Rev. 2:141.
- Tremblay, Luc B, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels » (1995) 29 RJT, 460
- Tremblay, Luc B. « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel » (1999) 44 Mc Gill L.J 39
- Tremblay, Luc B. « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement légitime » (2002) 47 Mc Gill L.J. 271
- Verge, Pierre, « Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association: justification et effets», (2009) 50 C. de D. 267.
- Verge, Pierre, « L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association : une nouvelle vie pour l'autonomie collective?», (2010) 51 C. de D. 353.
- Verge, Pierre, « La liberté d'expression est-elle en phase avec l'action syndicale ? » (2012) 53 C de D. 813-829
- Villeneuve Ménard, Francis, « L'infraction d'attroupement illégal dans la régulation de la manifestation : un embarras pour la théorie pénale » (2017) 47 N Hors série, RGD 149-176
- Violette, Anouck, « Précisions sur la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle » (2003) 63 Revue du Barreau 103
- Vorspan, Rachel, « Freedom of assembly and the right to passage in modern english legal history », (1997) 34 San diego L. Rev. 921
- Woehrling, José, « La cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés » (1993) RTDH 379 -410
- Woehrling, José, « Les mesures antiterroriste adoptées par le Canada à la suite des attentats du 11 septembre 2001 à New York » (2002) RFDC 447-457

4. Extraits et chapitres de livres en droit canadien

- Brun, Henri, « Charte des droits et libertés de la personne », in *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence, doctrine*, 2005, Montréal : Wilson & Lafleur, p.681-1008

- Brunelle, Christian, « Les droits et libertés fondamentaux », in *Droit public et administratif*, 2006, Cowansville : Éditions Yvon Blais, collection de droit, 2006-2007, p.19-115
- Crépeau, François, Jimenez, Estibalitz, « L'impact de la lutte contre le terrorisme sur les libertés fondamentales au Canada » in Weyembergh Anne et Bribosia Emmanuelle (dir.) *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, 2002, Nemesis Bruxelles, Bruylant coll Droit et justice 249-285
- Giroux, Lionel, « Retour sur les compétences municipales en matière de nuisance », dans *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville Blais
- Hogg, Peter W. « Comparaison entre la Charte canadienne et la déclaration canadienne des droits » dans Beaudoin Gérald A et Ratushny Edward, *Charte canadienne des droits et des libertés*, 2^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p.3 et s.
- Jobin, Jean-François, « Les tribunaux administratifs peuvent-ils se prononcer sur des questions soulevant l'application des chartes des droits et libertés ? » in *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes*, 1989, Cowansville : Éditions Y. Blais, p.1-39
- Langlois, Raynold, « Les clauses limitatives des chartes canadiennes et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve », in *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, 1986, Cowansville : Éditions Yvon Blais, p.159-181
- Lemondé, Lucie, « l'impact de la conception individualiste de la liberté d'association » in Jolin Louis et Lebel George (dir.) *L'association : du contrôle à la liberté*, Montréal, Wilson et Lafleur Martel Itée, 2001
- Morin, Jacques-Yvan, « La citoyenneté européenne comparée avec la citoyenneté canadienne », dans Philip Christian, Soldatos Panayotis (dir.), *La citoyenneté européenne*, Actes des 11^e Entretiens du Centre Jacques Cartier, 6-9 décembre 1998, Lyon, Chaire Jean Monnet, Montréal DL 2000, pp. 95-112
- Pue, W. Wesley « policing the rule of law and accountability in Canada: Lessons from the APEC Summit » dans W. Wesley Pue dir. *Pepper in our eyes : The APEC affair*, Vancouver UBC, Press, 2000, 3
- Rémillard, Gil, « Les règles d'interprétation relatives à la Charte canadienne des droits et libertés et à la Charte des droits et libertés de la personne du Québec », in *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, 1986, Cowansville : Éditions Yvon Blais, p.205-233
- Schabas, William A, « L'universalité des droits de la personne : le bilan des instruments canadien et québécois » in *Carrefour : philosophie et droit*, 1995, Montréal : Acfas, 1995, p 109-120
- Tassé, Roger et Thibault, Pierre, « La Charte canadienne des droits et libertés: le résultat d'une démarche démocratique purement canadienne », dans *Les mélanges Gérald-A. Beaudoin*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2002, p. 425
- Villaggi, Jean-Pierre, « La justice administrative » in Christian Brunelle et al., (dir), *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p.127

5. Rapports et publications d'organisations non-gouvernementales

Amnistie internationale Canada francophone. Communiqué, « Nouveau règlement de la ville de Montréal sur les manifestations : potentiellement discriminatoire craint amnistie internationale » en ligne : <amnistie.ca/sinformer/communiques/local/2012/canada/nouveau-reglement-ville-montreal-manifestations>

Association des juristes progressistes. Lettre, « le droit de manifester » (25 mars 2013), en ligne : <ajpquebec.org/?p=468>

Barreau du Québec. Lettre, « Règlement modifiant le Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public » (16 mai 2012) en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2012/20120516-masques.pdt>>

Clinique internationale des droits humains de l'UQAM, Ligue des droits et libertés, Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme. *Document en soutien à l'audience générale portant sur les libertés d'expression, de réunion et d'association au Canada, de même que le droit à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de la personne* (25 octobre 2012), en ligne : <ciddhu.uqam.ca/fichier/document/document-audience-interamericaine_fr.pdt>

Ligue des droits et libertés, Association des juristes progressistes, Association pour une solidarité syndicale étudiante. *Répression, discrimination et grève étudiante : analyse et témoignages* (2013) en ligne : <liguedesdroits.ca/wp-content/fichiers/rapport-2013-repression-discrimination-et-greve-etudiante.pdt>

Ligue des droits et libertés. *Communiqué, « La plainte à la CDPDJ au sujet des arrestations du 15 mars est jugée recevable »* (5 décembre 2013), en ligne : <liguedesdroits.ca/?p=1637>

Ligue des droits et libertés. *Manifestations et repressions : Bilan sur le droit de manifester au Québec* (2015), en ligne : <liguedesdroits.ca/wp-content/fichiers/bilan-version-longue-finale-10-juin-2015.pdt>

Ligue des droits et libertés. *Masques, permis et liberté d'expression à Montréal : La ligue exhorte la Ville de Montréal de renoncer à modifier le règlement P-6* (11 avril 2012), en ligne : <liguedesdroits.ca/?categorie=communiques>

Ligue des droits et libertés. *Rapport sur l'utilisation des balles de plastique lors de manifestations* (2002) en ligne : <liguedesdroits.ca/wp-content/fichiers/balles-de-plastique-finale-14-mai-version-2012.pdt>

B. France

1. Ouvrages généraux français

Alland, Denis, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, coll. Quadrige, Paris 2003.

- Andriantsimbazovina, Joël, Gaudin, Henry, Marguenaud, Jean-Philippe, Stéphane, Rials (dir), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF coll, Quadrige, Paris 2008,
- Bertrand, Mathieu, Verpeaux, Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, 791 p.
- Bioy, Xavier, Burgorgue-Larsen, Laurence, Deumier, Pascale, *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, collection « Grands arrêts », 2017, 878 p.
- Braud, Philippe, *Sociologie politique*, Paris LGDJ, 6è édition, 2002, 680 p.
- Burdeau, François, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF 1ère éd, 1995, 494 p.
- Carré de Malberg, Raymond, *Contribution à une théorie générale de l'État*, Direy, Paris, tome 1, 1920 ; *Contribution à la théorie générale à l'État*, Sirey, tome 2, 1922
- Chapus, René, *Droit administratif général*, 2000, 14 è ed. Paris Montchrestien, tome 1
- Colliard, Claude Albert, Letteron, Roseline, Colliard, Jean-Claude, *Libertés publiques*, 2005, Paris Dalloz, 8è édition, collection Précis dalloz. Série Droit public, science politique 569 p.
- Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF coll Quadrige, Paris 9è édition 2011
- Favoreu, Louis, Gaïa, Patrick, Ghévonthian, Richard, Mélin Soucramanien, Ferdinand, Pena-Gaïa, Annabelle, Pfersmann, Otto, Pini, Joseph, Roux, André, Scoffoni, Guy, Tremeau, Jérôme, *Droits des libertés fondamentales*, 2015, Paris : Dalloz, 7è édition, vol 1 774 p.
- Favoreu, Louis, Philip, Loïc, Gaïa, Patrick, Ghevonthian, Richard, Mélin Soucramanien Ferdinand, Oliva Éric, Roux André, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, 19e éd., Paris, Dalloz, 2018, 1025 p.
- Frier, Pierre-Laurent, Petit, Jacques, *Droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 7è édi, 2012
- Gaudemet, Yves, Dal Farra, Thierry, Rolin Frédéric, Stirn, Bernard, Long, Marceau, *Les grands avis du conseil d'État*, Dalloz, Paris 3è édition, 2008
- Grewe, Constance, Ruiz Fabri, Hélène, *Droits constitutionnels européens*, coll. Droit fondamental, PUF Paris, 1995
- Hamon, Francis, Troper, Michel, *Droit constitutionnel*, 39e éd., Paris, LGDJ, 2018, 898 p.
- Hennette-Vauchez, Stéphanie, Roman, Diane, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 2e éd., Paris, Dalloz, coll. « HyperCours. Cours et Travaux dirigés », 2015, 792 p.
- Hourquebie, Fabrice, Peltier, Virginie, *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Éditions Cujas, coll. Actes et Études, Paris 2013
- Israel, Jean Jacques, *Droits des libertés fondamentales*, 1988, Paris LGDJ, collection Manuel, 596
- Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit : introduction à la science du droit*, 1934, Éditions de la Baconnière coll. Etre et penser, trad de l'allemand H Thévanaz, neuchatel, 1953
- Kelsen, Hans, *La démocratie : sa valeur, sa nature*, 2e éd., Paris Dalloz DL, collection bibliothèque Dalloz, 2004, 121 p.

- Lebreton, Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris sirey université, Dalloz, 8^e édition, 2009, 570p.
- Letteron, Roseline, *Libertés publiques*, dalloz Précis de droit public et de sciences politiques, Paris 9^e édition, 2012
- Long, Marceau, Weil Prosper, Braibant Guy, Pierre Delvolvé, Genevois Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, dalloz, Paris, 19^e édition, 2013
- Luchaire, François, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica Paris 1987
- Mathieu, Bertrand, Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LJDJ, Paris 2002,
- Merle, Roger, Vitu André, *Traité de droit criminel*, Tome 1, 7^e éd., Paris, Editions Cujas, 1997, 1072 p.
- Morange, Jean, *Droits de l'Homme et libertés publiques*, 5^e, Paris, PUF, 2000, 460 p.
- Nioré, Vincent, « D'une loi anticasseurs défunte à une loi anti-bandes conforme à la Constitution : la résurrection... » Gazette du Palais 1 avril 2010, p.8
- Oberdorff, Henri Droits de l'Homme et libertés fondamentales, 4^e éd., LGDJ-Lextenso, coll. « Manuel », 2013, 564 p.
- Pacteau, Bernard, *Droits des libertés fondamentales*, cours de licence 3 droit, université Montesquieu- Bordeaux IV, années 2013-2014
- Pactet, Pierre, Mélin Soucramanien Ferdinand, *Droit constitutionnel*, Sirey, université Éditions Dalloz, paris 32^e édition, 2013
- Ponthoreau, Marie Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé (s)*, 2010, Paris Economica, Collection Corpus Droit public, 401 p.
- Robert, Jacques et Duffar, Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 2009, 8^e édition, Paris Montchrestien Lextenso éd., collection Domat Droit public, 907 p.
- Robert, Jacques-Henri, *Droit pénal général*, 6^e éd., Paris, PUF, 2005, 574 p.
- Rouault, Marie-Christine, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Paris, Galino, 2006, 258 p.
- Rousseau, Dominique, Vedel, Georges, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 10^e édition, 2013, 584 p.
- Rials, Stéphane, Raynaud, Philippe, *Dictionnaire de la philosophie politique*, 2003, Paris : Presses universitaires de France, 3^e édition, 1 vol, Collection : Quadrige Dicos poche
- Rivero, Jean *Le conseil constitutionnel et les libertés*, Economica PUAM coll droit positif Paris 2^e 1987
- Rivero, Jean et Moutouh, Hugues, *Libertés publiques*, tome 1, PUF, Thémis, Paris 9^e édition, 2003, tome 1, 271 p.
- Stirn, Bernard, *Les libertés en question*, 2002, 4^e édition, Paris Montrchrestien, coll : Clefs politique, 158 p.
- Tchen, Vincent, « Des condition permettant l'interdiction d'une manifestation » (2004) 7 La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales 196
- Verpeaux, Michel (dir.), *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 2^e éd., Paris, PUF, collection « Thémis Droit », 2011, 539 p.

- Verpeaux, Michel, Montalivet, Pierre de, Robolt Troisier, Agnès, Vidal- Naquet, Ariane, *Droit constitutionnel : les grandes décisions de la jurisprudence*, 2011, Paris presses universitaires de France ; collection : thémis Droit, 539 p.
- Waline, Jean, *Droit administratif*, Dalloz, Précis, Paris 24 è édition 2012, 800 p.
- Wachsmann, Patrick, *Libertés publiques*, 2017, Paris Dalloz, 8è édition, Cours Dalloz, série droit public –science politique 927 p.

2. Ouvrages spécialisés français

- Akoun, Émile, *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, 2017, Paris, collection bibliothèque des thèses Droit public, 742 p.
- Bernard, Paul, *La notion d'ordre public en droit administratif*, 1962 Paris LGDJ, Collection : Bibliothèque de droit public Tome 42, 286 p.
- Bon, Pierre, *La police municipale*, 1975, Thèse Droit Université de Bordeaux 559 p.
- Cassard- Valembois, Anne Laure, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, 2005, Paris LGDJ collection bibliothèque constitutionnelle et de science politique 534 p.
- Cassia, Paul, *Contre l'état d'urgence*, Paris, Dalloz, 2016, 250 p.
- Cesoni, Maria Luisa, *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité organisée, la normalisation de l'exception* Paris LGDJ Bruxelles, Bruylant, 2007
- Chaire Louis Favoreu, Duffy-Meunier Aurélie, Perroud Thomas, *La liberté de manifestation dans l'espace public*, colloque international organisé dans le cadre de la Chaire Louis Favoreu, Aix en Provence, Faculté de droit et de science politique, 18 et 19 mars 2016
- De Béchillon Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, coll. Droit public positif, Paris 1996
- Decoq, André, Montreuil, Jean, Buisson, Jacques, *Le droit de la police*, 1998, 2è édition, Paris Litec, 868 p.
- de Montalivet, Pierre, *Les objectifs à valeurs constitutionnelle*, 2006, Paris, Dalloz coll. Bibliothèque parlementaire constitutionnelle.
- Derieux, Emmanuel, *Droit de la communication*, 1999, Paris LGDJ, 3 è édition, Coll. Manuel, 675 pages
- Drago, Guillaume, François, Bastien, Molfessis, Nicolas, Vedel, Georges, Association française de sociologie du droit, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : colloques de Rennes 20 et 21 septembre 1996*, 1999, Paris, Economica, collection Études juridiques, 415 p.
- Dubreuil, Charles-André, Centre Michel de l'Hospital Clermont Ferrand, *L'ordre public : actes du colloque 15 et 16 décembre 2011*, 2013, Paris éditions Cujas collection actes et études, 342 p.
- Favre, Pierre (dir.), *La manifestation*, Pris Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1990, 391 p.
- Filleul, Olivier et Tartakowsky, Danielle, *La manifestation*, Paris, Presses SciencePo, 2013, 224 p

- Geizal, Jean Jacques, Jacqueline, Gatti-Domenech, Journès, Claude, *La police : le cas des démocraties occidentales*, 1993, Paris PUF, collection : Thémis Droit public, 390 p.
- Georgel, Jacques, *Les libertés de communication*, Paris Dalloz, coll. connaissance du droit 1996 115 pages
- Gervier, Pauline, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2014, 517 p.
- Granger, Marc Antoine, *Constitution et sécurité intérieure : essai de modélisation juridique*, 2011, Paris : LGDJ Lextenso, coll Bibliothèque constitutionnelle et de science politique tome 138, 493 p.
- Hennette-Vauchez, Stéphanie, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux, *Ce qui reste(ra) toujours de l'état d'urgence*, Nanterre, Défenseur des droits, 2018, 402 p.
- Hochmann, Thomas *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression : étude de droit comparé*, Paris, Pedone, collection « Publications Institut international des droits de l'Homme », 2013, 753p.
- Josende, Lauriane, Liberté d'expression et démocratie. Réflexion sur un paradoxe, Bruxelles, Bruylant, 2010, 466 p.
- Lacaze, Marion, *Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. Fondation varenne, n 39, 2011, 553 p
- Lebon, Gustave, *Psychologie des foules*, Paris, PUF, 1963 132 p.
- Le Bot, Olivier, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé liberté, Étude de l'article L- 521-2 du code de justice administrative*, 2007, Paris, LGDJ Fondation Varenne, collection des thèses, 698 p.
- Lecuyer, Guillaume, *Liberté d'expression et responsabilité*, Paris, Dalloz, coll. « Étude de droit privé », 2006, 611 p.
- Livet, Pierre, *L'autorisation administrative préalable et les libertés*, 1974, Paris LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 117, 334 p.
- Mathieu, Jean Luc, *L'insécurité*, 1995, Paris PUF, collection : Que sais je ? 127 p.
- Maugüe, Christine, Stahl, Jacques Henri *La question prioritaire de constitutionnalité*, 3e éd., Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2017, 352 p.
- Merland, Guillaume, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 2004, Paris, LGDJ collection Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 390p.
- Merland, Guillaume, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris 2004, 408 p.
- Morange, Jean, *La liberté d'expression*, Paris PUF coll. Que sais-je. 1993 128 p.
- Morange, Jean, *La déclaration des droits de l'Homme*, Paris Presses universitaires de France, Que sais-je ?, 2002, 128 p.
- Neveu, Erik, *Sociologie des mouvements sociaux*, Paris La découverte, Repères, 2015, 128 p.

- Nicod, Marc, *Qu'en est il de la sécurité des personnes et des biens?*, LGDJ Presses de l'université de Toulouse I, Paris Toulouse 2008,
- Niquège, Sylvain, *L'infraction pénal en droit public*, 2010, Paris L'harmattan, collection Bibliothèques de droit, 214 p.
- Pavia, Marie-Luce, Revet Thierry (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Économica, coll. « Études juridiques », 1999, 181 p.
- Pech, Laurent, *La liberté d'expression et sa limitation. Les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes*, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont Ferrand, Université d'Auvergne, Fondation Varenne LGDJ, 2003, 541 p.
- Perelman, Chaïm, Ghestin Jacques, *Les notions à contenu variable en droit*, 1984, Bruxelles, Bruylant, coll Études.
- Perrin, Alix, *L'injonction en droit public français*, 2009, Paris : Ed. panthéon- Assas, 917 p.
- Philippe, Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, 1990, Paris Aix en Provence : Economica presses universitaires d'Aix Marseille, collection science et droit administratifs, 541p.
- Philippe, Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris - Aix en Provence, Economica - Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1990, 541 p.
- Picard, Etienne, *La notion de police administrative*, 1984 Paris Rouen, LGDJ, 926 p.
- Platon, Sébastien, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, 2008, Clermont Ferrand Paris : Fondation Varenne LGDJ, collection des thèse n 22, 709 p.
- Polin, Raymond (dir.), *L'ordre public* [acte du colloque], 1996, Paris PUF collection : politique d'aujourd'hui, 116 p.
- Redor, Marie Joëlle (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordre publics, ordre public et droits fondamentaux*, bruylant 2001, Paris PUF 1996, 436 p.
- Revet, Thierry (dir), *L'ordre public à la fin du XXè siècle*, Paris Dalloz 1996, collection : thèmes et commentaires, 111 p.
- Rials, Stéphane, *La déclaration des droits de l'Homme*, Paris Hachette coll. Pluriel 1988, 768 pages
- Roussillon, Henry, Xavier, Bioy, *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Toulouse, presses de l'université des sciences sociales de Toulouse 2006.
- Szymczak, David, *La convention européenne des droits de l'Homme et juge constitutionnel*, 2006, Bruxelles, Bruylant, coll. Publications de l'institut international des droits de l'Homme
- Tartowsky, Danielle, *Le pouvoir est dans la rue. Crises politiques et manifestations en France*, Paris Aubier, collection historique, 1998, 296 p.
- Teitgen, Pierre Henri, *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des article 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Sirey Paris, 1934

- Trémeau, Jérôme, *La réserve de loi compétence législative et constitution*, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, Paris 1997, 414 p.
- Truchet, Didier, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, coll., Bibliothèque de droit public, Paris 1977
- Tusseau, Guillaume, *Les normes d'habilitation*, 2006, Paris Dalloz, collection Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris 2006, 813 p.
- Vandermeersch, Damien, Hennebel, Ludovic, *Juger le terrorisme dans l'État de droit*, 2009, Bruxelles, Bruylant, collection magna Carta, 541 p.
- Vaujour, Jean, *La sécurité du citoyen : violence et sécurité*, 1980, Paris PUF, Collection : Que sais-je ?, 127 p.
- Venezia, Jean-Claude, *Le pouvoir discrétionnaire*, 1959, Paris, LGDJ, collection bibliothèque de droit public tome 17, 175 p.
- Verdoodt, Albert, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'Homme*, 1964, Louvain Société d'études Morales, sociales et juridiques, 356 p.
- Vidal-Naquet, Ariane, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2007, 672 p.
- Vincent-Legoux, Marie-Caroline, Dubois, Jean-Pierre, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, 2001 Paris PUF, collection : les grandes thèses du droit français, 558 p.
- Weyembergh, Anne, Bribosia, Emmanuelle, *Lutter contre le terrorisme et droits fondamentaux*, 2002, Bruxelles Nemesis Bruylant, collection : Droit et justice, 305 p.
- Xynopoulos, Georges, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : Espagne, Allemagne, Angleterre*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Paris 1995, 463 p.

3. Articles doctrinaux français

- Andriantsimbazovina, Joël, « Le refus de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel est compatible avec le droit à procès équitable » [CEDH, 25 août 2015, n 3569/12, renard c/ France] (2015) 331-332 La gazette du palais, p.16-17
- Andriantsimbazovina, Joël, « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? » Les cahiers du Conseil constitutionnel, n 18, 2005, pp.148-153
- Armand, Gilles, « L'ordre public de protection individuelle » RRJ 2004 pp 1583 1643
- Armand, Gilles, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? » RFDC 2006 n 65 pp 37-72
- Armand, Gilles, « Régime légaux en période exceptionnelle et régimes exceptionnels en période normale » CRDF presses universitaire de Caen, n 6 2007 pp.113-122
- Badinter, Robert, Genevois Bruno, « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux » RFDA 1990 pp.317-335

- Badinter, Robert, Genevois, Bruno, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux. Rapport français » AIJC, 1990 pp 133-159
- Besson, Elise, « Principe de clarté et objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », Actes du 6è congrès français du droit constitutionnel, 9-11 juin 2005 p.19
- Bon, Pierre, « Le but de la police administrative générale après l'affaire Dieudonné » (2016) RFDA 791-798
- Bonfils, Philippe, « Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure », RSC 2011 pp 440-452
- Bousta, Rhita « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité » RIDC n 4 2007 pp.859-877
- Bousta, Rhita, « Jurisprudence du conseil constitutionnel : une avancée « a minima » ? » LPA, 19 septembre 2011, pp 1718-1724
- Bousta, Rhita, « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité » (2007) 4 RIDC 859-877
- Boyer-Capelle, Carole, « L'"effet cliquet" à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité » (2011) AJDA pp. 1718-1724
- Brenet, François « la notion de liberté fondamentales au sens de l'article 521-2 du Code de justice administrative » (2003)6 RDP 1535-1579
- Brisson, Jean-François « La surveillance des espaces publics » (2005) décembre DA 7-13
- Broyelle, Carole, « Retour sur la jurisprudence Dieudonné » (2014) AJDA 473
- Buisson, Jacques, « Les présomptions de culpabilité » (1999)15 Procédures 3-4
- Buisson, Jacques, « Les règles applicables au constat d'une infraction flagrante » (2002) 41 JCP G 24-71
- Burdeau, Georges, « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 » (1959) Mars RFSP 87-100
- Canivet, Georges, « Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » (2004) 16 Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 123-130
- Carcassonne, Guy, « Les interdits et la liberté d'expression » (2012) 36 Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel 55-56
- Carcassonne, Guy, « Les interdits et la liberté d'expression » (2012) 36 Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 62
- Champeil- Desplats, Véronique, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français » (1995) recueil Dalloz chron 323-329
- Champeil- Desplats, Véronique, « Le conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? » (2012)4 Jus politicum 51-72
- Costa, Jean-Paul, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil d'État » 1988 AJDA 434

- Chélini-Pont, Blandine, Péna, Marc, Tawil, Emmanuel, « Liberté d'expression et religion, rapport français. Table ronde : Constitution et liberté d'expression » (2007) 3 AIJC pp. 207-235.
- De Béchillon, Denys « Voile intégral : Éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux » (2010) 3 RFDA 467-471
- Degirmensi, Selim, « Une validation sinueuse de l'assignation à résidence en état d'urgence doublée d'un appel renforcé au contrôle du juge administratif » (2015) 31 décembre 2015, *Lettre actualités Droits – Libertés du Credof* 15p.
- Décima, Olivier, « Le révisionnisme et l'égalité devant la loi pénale », *La Semaine juridique. Édition générale*, 29 février 2016, n° 9-10, p. 453-456
- De Montalivet, Pierre « Les objectifs de valeur constitutionnelle » (2006) 20 *Les cahiers du conseil constitutionnel* 169-175
- Deswartes, Marie-Pauline, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » (1993) 13 *RFDC* 23-58
- Dieu, Frédéric, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagée : vers une moralisation de l'espace public ? » (2010) 48 *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales* pp. 35-42
- Di Manno, Thierry « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français » (2010) 4 *Les cahiers du Conseil constitutionnel* 541-547
- Drago, Guillaume, « La conciliation entre principes constitutionnels » (1991) *chron. Recueil Dalloz* 265-269
- Drago, Guillaume, « Le conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif » (2006) *RDP* 45-64
- Droin, Nathalie, « La conformité de l'article 24 bis de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 à la Constitution : fin de partie ? », *Revue française de droit constitutionnel*, avril-juin 2016, n° 106, p. 501-513
- Duffar, Jean, « "La loi anti casseur...". Etude très complète sur une loi dangereuse abrogée en 1981 » (1972) 49, *RDP*, p. 89
- Dupré de Boulois, Xavier, « Les ordonnances Dieudonné, entre continuité jurisprudentielle et choix politique du juge » (2014) 10 *RDLF*
- Dutheillet de Lamothe, Louis, Odinet, Guillaume, « L'urgence dans tous ses états [CE 11 décembre 2005, n 395009 Cédric D.] » (2016) 5 *AJDA* 247-254
- Eveillard, Gweltaz, « L'inconstitutionnalité des zones de protection et de sécurité » (2018) 5 *Droit administratif* pp.34-37
- Faure, Bertrand, « Les objectifs de valeur constitutionnelle, une nouvelle catégorie juridique ? » (1995) 21 *RFDC* 48-77
- Favoreu, Louis, « L'élargissement de la saisine du conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires » (1990) 4 *Revue française de droit constitutionnel*, pp.581-617
- Favoreu, Louis, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel » (1986) *RDP* 419.
- Favoreu, Louis, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982 », (1983) 1 *RDP* 333.

- Favoreu, Louis, « La décision du 12 janvier 1977 dans l'affaire de la fouille des véhicules » (1978) RDP 825.
- Fraisse, Régis, « Le conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité » (2009) 46 LPA 74-85
- Fromont, Michel « Le principe de proportionnalité » 1995, AJDA, 156
- Gaillet, Aurore, « La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel » (2012) 2 Société droit et religion pp.47-71.
- Giudicelli-Delage, Geneviève, « Les crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique dans le nouveau code pénal » (1993) Revue de sciences criminelles pp.493-510
- Gohin, Olivier, « La liberté d'expression, liberté de réunion, police administrative et ordre public : l'affaire Dieudonné » (2014) RFDA 87-95
- Guillaume, Marc, « L'autorité des décisions du conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? » (2011) 30 Nouveaux Cahiers du conseil constitutionnel 49
- Hanicotte, Robert, « La dissimulation du visage au regard de l'ordre public » (2010) AJDA pp. 417-422
- Hervieu, Nicolas, « L'équivoque sursis européen concédé au délit d'offense au président de la République » dans Lettre « Actualités Droits et libertés » du CREDOF, 20 mars 2013 ; disponible en ligne : <http://wp.me/p1Xrup-1Ip>
- Hochmann, Thomas, « Négationnisme : le Conseil constitutionnel entre ange et démon », Revue des droits et libertés fondamentaux, 26 janvier 2016, n° chron. n° 03, 7 p.
- Hochmann, Thomas, « Qu'est-ce qu'un délit d'opinion » (2012) 53 Cahier de Droit 793
- Hochmann, Thomas, « La question mémorielle de constitutionnalité (à propos de la décision du 28 février 2012 du Conseil Constitutionnel » (2012) 4 Annuaire de l'Institut Michel Villey 133-146
- Jouanjan, Olivier, « La théorie allemande des droits fondamentaux », AJDA p.44-55
- Lamy, Bertrand de, « La limitation du délit de révisionnisme aux crimes contre l'humanité commis durant la Seconde Guerre mondiale est-elle constitutionnelle ? », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, avril-juin 2016, n° 2, p. 406-410
- Lazergue, Christine, « le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle » (2009) 26 Les cahiers constitutionnels, 34-41
- Le Bot, Olivier, « Référé- liberté et état d'urgence [III. L'office du juge des référés renvoyant une QPC] [CE 11 décembre 2005 n 394990, Gauthier] » (2016) 48 AJDA 8-15
- Le Chatelier, Gilles, « L'ordre public, une notion nécessairement évolutive. L'"affaire Dieudonné" » (2014) 3 AJ Collectivités territoriales pp.157-161
- Lesaffre, Hubert, « La décision du Conseil constitutionnel sur la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public : un épilogue hâtif » (5 mars 2010) Les petites affiches pp.3-8

- Lochak, Danièle, « Les bornes de la liberté », (1998) 84 Pouvoirs 15-24
- Luchaire, François, « La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel » (1995) 3 Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. pp.575-602
- Luchaire, François, « Brève remarques sur une création du Conseil constitutionnel » (2005) RFDC 675-684.
- Magnon, Xavier, « Sur un ponts aux ânes ? L'autorité des décisions du conseil constitutionnel, pour une distinction entre « autorité » et « force » de chose jugée », (2013) 4 RFDA 859
- Markus, Jean -Paul, « La continuité de l'État en droit public interne » (1999) RDP 1067-1107
- Masurel, Hervé, « L'exécution d'office des mesures de police administrative » (1999) n spécial AJDA 39-40
- Mathieu, Bertrand, « La liberté d'expression en France de la protection constitutionnelle aux menaces législatives » (2007) 1 RDP pp.231-260.
- Mazeaud, Pierre « Libertés et ordre public » (2003) [en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1353/pdf>].
- Mélin Soucramanien, Ferdinand, « Marianne dévoilée (libres propos sur la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 valisant la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public) », (2011) 2 Société, droit et religion, Études des signes religieux dans l'espace public C.N.R.S 73-82
- Mollion, Grégory, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles » (2005) 62.2 Revue française de droit constitutionnel, pp. 257-289
- Montgolfier, Jean François, « « L'urgence et le Conseil constitutionnel » (2017) 54, les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, p.31
- Morange, Jean, « La protection constitutionnelle et civile de la liberté d'expression » (1990) 2 RIDC 771-787
- Morange, Jean, « La protection constitutionnelle de la liberté d'expression » (1990) 2 RIDC pp.771-787
- Morange, Georges, « Réflexion sur la notion de sécurité publique » (1977) Recueil Dalloz 61-66
- Mouhanna, Christian, « Les relations police parquet en France « un partenariat mis en cause ? » (2004) 58 Droit et société 505-522
- Padis, Marc-Olivier, « Sécurité et terrorisme : un défi pour la démocratie » (2006) Esprit 67-69
- Pecheul, David, « La contribution de la jurisprudence constitutionnelle à la théorie de la police administrative » (1998) mars-avril RFDA 352-383
- Pech, Laurent, « Conflit entre diverses conceptions de la liberté d'expression sur internet. Vers l'imposition d'une lex americana en matière de lutte contre le discours raciste ? » (2002) 188 - II Legipresse 5.
- Pellé, Sébastien, « le contrôle de la légalité criminelle par le Conseil constitutionnel » (2013) RPDP 265

- Pelloux, Robert, « Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 » (1947) RDP 347
- Peltier, Virginie, « L'individualisation des peines dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité » (2011) Droit pénal 13-18
- Petit, Jacques, « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie » (2014) AJDA 866
- Philip, Loïc, « [Note sous la décision n 80 -127 DC] La décision sécurité liberté des 19 et 20 janvier 1981 » (1981) Actualité juridique. Droit administratif 674
- Picard, Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France » (1998) AJDA, n special, p.55 et s.
- Picard, Kelly, Philippe, Xavier, « [Note sous décision n° 2015-512 QPC] », Revue française de droit constitutionnel, juillet-septembre 2016, n° 107, pp. 669-679
- Poncela, Pierret, « La pénalisation des comportements dans l'espace public » (2010) 32 Archives de politique criminelle pp.7-21
- Priet, François, « L'incompétence négative du législateur » (1994) 17 RFDC 59
- Quinart, Émilien, « Conseiller l'État sur l'état d'urgence : entre légalité et opportunité » (2016) 8 AJDA 426-434
- Rambour, Muriel, « Une COP 21 sous état d'urgence. Le conseil constitutionnel et l'assignation à résidence de militant « écologistes » » (2016) 242 *Droit de l'environnement*, p.69-71
- Rivero, Jean, « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (1990) 2 REDP 11-17
- Rivero, Jean, « Dualité de juridictions et protection des libertés » (1990) RFDA 734-738
- Robert, Jacques, « La manifestation de rue » (2006) 4 RDP 869
- Robert, Marc, « L'autorité judiciaire, la constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme » (2011) 32 Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 29-43.
- Roblot-Troizier, Agnès, « Assignations à résidence en état d'urgence », note sous Conseil d'État, Section 11 décembre 2015, M. C Domenjoud, n 395009
- Roblot-Troizier, Agnès, « État d'urgence et protection des libertés » (2016) RFDA pp. 424-436
- Rolin, François, Slama, Serge, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste » (2006) AJDA 975 -982
- Roux-Demare, François-Xavier, « Constitutionnalité du délit de "négationnisme" », Actualité juridique. Pénal, avril 2016, n° 4, p. 205-206
- Rrapi, Patricia, « L'incompétence négative dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension » (2012) 34 Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel 163-171
- Ruet, Céline, « L'interdiction du voile intégral dans l'espace public devant la Cour européenne : la voie étroite d'un équilibre », La Revue des droits de l'homme [en ligne, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 12 août 2014, consulté le 29 mars

- 2020 : <http://journals.openedition.org/revdh/862> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.862>].
- Sabète, Wagdi, « De l'insuffisance argumentation des décisions du Conseil constitutionnel » (2011) AJDA 885-888
- Saillant- Maraghni, Elodie, « Interrogation sur la nouvelle ordonnance Dieudonné » (2015) AJDA 1658-1659
- Schoettl, Jean- Eric, « Intérêt général et constitution » (1999) 50 EDCE 375- 386
- Schoettl, Jean-Eric, « La législation anti-terroriste à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité » (2006)5-7 février Gaz. Pal. Pp. 20-39
- Schoettl, Jean-Eric, « Intérêt général et Constitution », E.D.CE., n 50, 1999, pp. 362-378
- Schmitter, Georges, « Étendue et limites du droit au recours juridictionnel » (2015) 104 RFDC 935-952
- Schrameck, Olivier, « Sécurité et liberté » (2011) RFDA 1093-1095
- Soubeyrol, Jacques, « La définition de la loi et la Constitution de 1958 » (1960) AJDA 1233-129
- Sudre, Frédéric, « La compatibilité avec l'article 6 paragraphe 1 de la convention européenne des droits de l'Homme du refus de renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel [CEDH, 25 août 2015, n 3569/12, renard c/ France] (2015) 46-47 La semaine juridique Édition générale, 2104-2107
- Tercinet, Marcel -René. t, « La liberté de manifestation en France » (1979) RDP pp.1009-1057
- Theron, Jean-Pierre, « Chronique de législation, Sécurité Loi n 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité. Commentaire portant sur les dispositions relatives à la vidéosurveillance et aux manifestations sur la voie publiques » (1995) AJDA pp.207-211
- Tissier-Raffin, Marion, « La constitutionnalité enfin confirmée de la loi Gayssot », Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF, 10 février 2016, 11 p.
- Trémintin, Jacques, « Vers un nouveau délit d'opinion : le délit d'outrage ? » Association jeunesse et droit / journal du droit des jeunes, 2008/10 n 280 pp.9-14
- Troper, Michel, « La loi Gayssot et la Constitution » (1999) 54 è année, N 6 Annales. Histoires, sciences sociales, 1239-1255.
- Troper, Michel, « Loi Gayssot et la Constitution » (1999) 6 Annales, Histoire, Sciences sociales, 1239-1255
- Tussot, Guillaume, « Critique d'une métonymie fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » (2009) RFDA 641-656
- Vedel, Georges, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif » (1997) 2 Les cahiers du Conseil constitutionnel 77-91
- Verpeaux, Michel, « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre liberté et un nouvel ordre public » (2010) AJDA 2373-2377
- Verpeaux, Michel, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles » (2012) 36 Les nouveaux cahiers constitutionnels 137-155

- Verpeaux, Michel, « Le première QPC relative à l'état d'urgence », (2016) 6, *La semaine juridique, Administrations et collectivités territoriales*, 37-40
- Videlin, Jean-Christophe, « Le régime des rave parties » (2004) AJDA 1070-1075
- Vimbert, Christophe, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » (1994) RDP 693-745
- Wachsmann, Patrick, « [note sous la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendance], (1985) AJDA pp.362-365 actualité juridique
- Wachsmann, Patrick, « Les limitations à l'exercice des droits et l'étendue du contrôle juridictionnel » (1991) RUDH 289-295
- Wachsmann, Patrick, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de liberté et des moyens d'y remédier » (2016) 9 Recueil Dalloz, 473
- Weidenfiel, Katia, « L'affirmation de la liberté d'expression. Une œuvre de la jurisprudence administrative ? » (2003) RFDA 1074.
- Werner, Alain, « Le conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant » (1993) 67 Pouvoirs pp.117-1136

4. Extraits et chapitres de livres droit français

- Bockel, Alain, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur » in *Études en l'honneur de Léo Hamon*, Itinéraires, Economica, coll. Politique comparée, Paris 1982, pp.43-59
- Bon, Pierre, « L'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » in *Mélanges en hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant Bruxelles et LGDJ Paris 2007, pp 175-186
- Blanquer, Jean-Michel, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », in Robert Xavier, *Mélanges Jacques Robert : Libertés*, 1998, Paris : Montchrestien, p.227
- Blet-Pfister, Véronique, « L'ordre public (fragment pour une étude sur l'appareil d'État) » in *Mélanges dédiés à la mémoire de Jacques Teneur*, université de Lille collection Travaux de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille, 1977 pp 63-90
- Champeil- Desplats, Valérie, « Le conseil constitutionnel protecteur des libertés ou cerbère de la production législative » in Valérie Champeil- Desplats et N. Ferre, *Frontières du droit, critiques des droits, billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, 2007, Paris, coll. Droit et société LGDJ, p.251-254
- Chérot, Jean-Yves, « La notion d'ordre public dans la théorie de l'action administrative » in Linotte Didier, *La police administrative existe-t-elle ?*, 1985, Paris Aix en Provence : Economica Presses universitaires d'Aix Marseille, 140p.
- Cohen-Jonathan, Gérard, « Abus de droit et libertés fondamentales » dans *Mélanges Dubouis*, Dalloz, 2002, pp.517-543
- Costa, Jean-Paul, « Principes fondamentaux principes généraux principes à valeur constitutionnel », in Université Panthéon –Assas Paris, *Conseil constitutionnel et*

- conseil d'État : colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Salle Médicis, palais du Luxembourg*, 1988, LGDJ, Monchrestien, vol 1, p. 133-144
- Fenouillet, Dominique, « La fin des bonnes mœurs et l'ordre public philanthropique », *in Le droit français privé à la fin du XX^e siècle : études offertes à Pierre Catala*, 2001, Paris : Litec,
- Gay, Laurence, « Le contrôle des qualités formelles de la loi en droit constitutionnel comparé : France, Espagne et Canada », dans *Autour de la qualité des normes. Actes du colloque d'Aix-en-Provence des 24 et 25 octobre 2008*, Bruxelles, Bruylant
- Hibschherr, Victoria, « La sécurité contre les libertés ? La constitutionnalité discutée de la police des manifestations » in Gohin Olivier, Pauvert Bertrand, association française de droit de la sécurité et de la défense, *Le droit de la sécurité et de la défense en 2014*, 2015, Aix en Provence : Presses universitaires d'Aix Marseille, collection droit de la sécurité et de la défense
- Levade, Anne, « L'objectif à valeur constitutionnelle 20 ans après. Réflexion sur une catégorie juridique introuvable » dans *L'esprit des institutions. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, aux p. 687-701
- Moderne, Franck, « Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil Constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État », in Université Panthéon –Assas Paris, *Conseil constitutionnel et Conseil d'État : colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Salle Médicis, palais du Luxembourg*, 1988, LGDJ, Monchrestien, vol 1, p.313-357
- Morange, Jean, « Les limites de la liberté » in Ferdinand Mélin Soucramanien et Fabrice Melleray, *Le professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, 2012, Dalloz, coll Thèmes et commentaires p. 75-89
- Pactet, Pierre, « À propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel » in *Mélanges en l'honneur de Jacques Robert*, Libertés, Montchrestien, 1998, Paris, 279-285
- Renucci, Jean François, « Le procureur de la République est-il un "magistrat" au sens européen du terme ? », dans *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, vol. II, 2004, aux p. 1345-1350
- Rivero, Jean, « Les libertés » in Louis Favoreu *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica PUAM coll Droit public positif Aix en Provence, 1990 pp.153-178
- Rolland, Patrice, « Du délit d'opinion dans la démocratie » in *Pouvoir et libertés Études offertes à Jacques Mourgeons*, Bruylant, Bruxelles, pp. 645-670
- Senatore, Audrey, « Régime répressif, régime préventif, déclaration préalable » in Thierry Renoux, *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Les notices de la documentation française, Paris 2007, pp.43-49
- Truchet, Didier, « La dignité et les autres domaines du droit » (2015) 6, les vingt ans de l'arrêt Commune de Morsang sur Orge, colloque du 27 mai 2015, pp.1094-1099
- Xynopoulos, Georges, « Proportionnalité », dans Stéphane Rials, Denis Alland, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, coll. « Quadrige », 2014, p.1251 et s.

5. Rapports

Amnistie internationale France, *Un droit, pas une menace : Restrictions disproportionnées à la liberté de réunion pacifique sous couvert de l'état d'urgence en France*, 2017, [en ligne] <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR2161042017FRENCH.PDF>
 Rapport du Défenseur des droits, « Le maintien de l'ordre au regard des règles de déontologie », décembre 2017 en ligne : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_rt_201712_maintien_ordre.pdf

C. Espagne

1. Ouvrages généraux espagnols

- Alzaga Villaamil, Oscar, *Comentarios a la Constitucion española de 1978. Tomo II. – Artículos 10 à 23*, 1997, Madrid : Cortes general : EDERSA 679p.
- Balaguer Callejon, Fransisco (Coord.), *Manual de derecho constitucional*, 2014, Madrid Vol II Tecnos.
- Bastida Freijedo, Fransisco José (dir), *Teoria general de los derechos fundamentales en la Constitucion espanola de 1978*, Tecnos, 2004, 240 p.
- Carbonell Ateu, Juan Carlos (coord.), Gonzalez Cussac, José Luis (coord.), Orts Berenguer, Enrique (coord.), Cuerda Amau, Maria Luisa (coord.), *Constitucion, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Anton)*, Tomo II, Tirant lo Blanch, 2009, 2045 p.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu, Mir Puig, Santiago (dir.), Vera Sanchez, Juan Sebastian (coord.) *Comentarios al código penal reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 1875 p.
- Diez Picazo, Luis Maria, *Sistema de derechos fundamentales*, 2013, 4è cizur, Navarra : Civitas, 2013, 597 p.
- Garcia Morillo, Joaquin, *Derecho constitucional*, 2010, Valencia Vol I, Tirant Io Blanch
- Goig Martinez, Juan Manuel (Coord.), Maria Nuñez Martinez, Cayatano Nuñez Rivero, *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2006, Editorial universitas internacional, S.L, 652p.
- Gonzalez Cussac, Jose Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6e éd., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 843 p.
- Lamarca Perez, Carmen (Coord.), *Derecho penal : parte especial*, 2005, Madrid UNED 3è,

- Mir Puig, Santiago, *Derecho penal parte general*, 2008 Barcelona, Repertor 8è,
 Monereo Atienza, Cristina, Monereo Perez, Jose Luis (Dirs); Alvarez Gonzalez, Elsa-
 Marina, *La Europa de los derechos: Estudio sistematico de la carta de los derechos
 fundamentales de la Union europea*, 2012, Granada : Comares, 1479p
 Muñoz Conde, Fransisco, *Derecho penal. Parte especial*, 21e éd., Valencia, Tirant lo
 Blanch, 2017, 923 p.
 Peces Barba Martinez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad
 Carlos III-BOE, 1995
 Peces Barba Martinez, Gregorio, *Théorie générale des droits fondamentaux*, 2004,
 Paris LGDJ, coll Droit et société. Série Droit 497 p.
 Quintero Olivares, Gonzalo (dir), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 1re éd.,
 Thomson Reuters Aranzadi Civitas, 2015, 794 p.
 Rubio Llorente, Francisco, Ahumada Ruiz, Maria Angeles, *Derechos fundamentales y
 principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Ariel, Barcelona, 1995
 Rubio Llorente, Fransisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales :
 Doctrina jurisprudencial (con la colaboracion de M-A Ahumada Ruiz)*, 1995,
 Barcelona : Ariel, 793p.
 Vives Antón, Tomas Salvador (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*,
 Valencia, Tirant lo Blanch, coll Tratados Comentarios y practicas procesales, 1996,
 2306 p.

2. Ouvrages spécialisés espagnols

- Arzoz Santisteban, Xabier, *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos
 fundamentales*, Civitas Ediciones, S.L, 2010, 356p.
 Barnes, Javier, « Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho
 comparado y comunitario » (1994) 135 Revista de administración pública 495 et s.
 Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales
 : el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de
 los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, 4e éd., Madrid : Centro
 de estudios políticos y constitucionales, Bogota : Universidad externado de
 Colombia, 2014, 871 p.
 Bujosa Vadell, Lorenzo-Mateo. *Las sentencias del tribunal europeo de derechos
 humanos en el ordenamiento espanol*, Teenos, 1997, 266 p.
 Carbonnell Mateu, Juan Carlos, *La justificacion penal : fundamentao, naturaleza y
 fuentes*, 1982, Madrid, Editorial de derecho, 208 p.
 Cruz, Rafael, *Protestar en espana 1900-2013*, 2015, Alianza Ensayo, 352 p.
 de la Rubia Rafael (Dir) *Hacia una revolucion no-violenta : del 15 M al 15 O*, Madrid
 : Editorial manuscrito, 2011, 192 p.
 Juanatey Dorado, Carmen, *El delito de desobediencia a la autoridad (articulo 556 del
 codigo penal)*, 1997, Valencia, Tirant Lo Blanch, 142 p.

- Embid Irujo, Antonio, *Ordenanzas y reglamentos municipales en el derecho español*, 1978, Madrid,
- Gavara de Cara, Juan Carlos, *El sistema de organizacion del ejercicio del derecho de reunion y manifestacion*, Madrid [etc.] : Mc Graw- Hill, 1997, XXVI, 199 p.
- Gonzalez Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, 2015, Pamplona Espana coll. Cuadernos Aranzadi del tribunal constitucional, 251p.
- Lopez Gonzalez, Jose Luis, *El derecho de reunion y manifestacion en el ordenamiento constitucional español*, Madrid : Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995, 315 p.
- Mendoza Buergo, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, Madrid, Civitas, 216 p.
- Peces-Barba Martinez, Gregorio, *Sobre las libertades politicas en el Estado español (expresion, reunion y manifestacion)*, 1977, Valencia, Fernando Torres editor, 170p.
- Peces-Barba Martinez, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofia del derecho*, 2004, 2è, Madrid : Dykinson, coll. Cuadernos « Bartolomé de las casas » 84 p.
- Perez Cataño, Domingo, *Regimen juridico del derecho de reunion y manifestacion*, Madrid, 1997, Ministerio del interior, 352p.
- Recasens i Brunet Amadeu, *La seguridad y sus políticas*, Editorial atelier, 2007, 240 p.
- Ruiz Pineiro, Fernando Luis, *El derecho de reunion y manifestacion analisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ed Cizor Menor Navarra : Arazandi, 2010, 207 p.
- Turro Muro, Ignacio, *El derecho de reunion y manifestacion*, Madrid : Civitas : Universidad Complutense, Servicio de publicaciones de la facultad de derecho, 1991, 173p.
- Vives Anton, Tomas Salvador, *Libertad como pretexto*, 1995, Tirant Lo Blanch, 1^{er} éd.

3. Articles de revues et chapitre de livres de droit espagnol

- Acinas Vazquez, Juan Claudio, “Notas acerca de la desobediencia civil”, (2013) 33 Revista Laguna, p.77-98
- Alaez Corral, Benito, « Defensa de la constitucion, libertades de expresion e informacion y principio de proporcionalidad (a proposito de la STC 136/1999 de 20 julio de 1999) » (1999) 15 Repertorio Aranzadi Tribunal constitucional, estudios y notas, pp.15-41
- Almecija Casanova, Ana Belen, « Regimen local. Videovigilancia. Tratamiento de las imagenes. Capatacion de imagenes de la via publica y en edificios de titularidad municipal- Limites » (2015) 12 La Administracion practica, pp.79-86.
- Almecija Casanova, Ana Belen, « La ley organica 4/2015 de 30 marzo, de proteccion de seguridad ciudadana. Aspectos principales de la norma » (2017) 4 La administracion practica,

- Alonso Rimo, Alberto, « El nuevo anteproyecto de ley organica de proteccion de la seguridad (ciudadana) : analisis desde la perspectiva del derecho de reunion y manifestacion » (2014)21 Revista general de derecho penal
- Asus Batarrita, Adela, « Apologia del terrorismo y colaboracion con banda armada : delimitacion de los respectivos ambitos tipicos (comentario a la sentencia de 29 de noviembre de la sala penal del tribunal supremo) » (1998) 4556 Diario La ley
- Barcelo i Serramalera, Mercè, « Las libertades de expresion y de reunion en la constitucion espanola : breve apunte sobre los « escraches » como punto de confluencia entre ambas libertades » (2013) 14 :3 EJJL pp.29-56
- Barcellona Llop, Javier, « Las infracciones y sanciones administrativas en la ley organica 1/1992 sobre proteccion de la seguridad ciudadana, Algunos aspectos problematicos » in Entralgo Jesus Fernandez, Portilla Contreras Guillermo, Barcellona Lop Javier, *Seguridad Ciudadana*, 1993, Madrid Ed. Trotta
- Barreiro, Agustin Jorge, “De los desórdenes públicos”, dans Rodríguez Mourullo, Gonzalo (dir.), Barreiro, Agustin Jorge (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997, 1556p.
- Baylos Grau, Antonio, « Represion penal y derecho de manifestacion la sentencia de la audiencia nacional de 7 de julio de 2014 » (2014) 67 RDS pp.203-210
- Benitez Martin, Pedro, « Democracia o democracia ? La red y los movimientos sociales de 2011 » (2013) 58 Revista internacional de Filosofia pp. 33-50
- Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, “Delitos contra el orden public (III). Desordenes publicos. Reflexiones en torno al bien juridico protegido en los delitos de desordenes publicos”, dans Morillas Cuevas, Lorenzo (dir.), *Sistema de derecho penal. Parte especial*, 2e éd., Madrid, Dykinson, 2016, p. 1357-1374
- Benlloch Petit, Guillermo, « El derecho penal ante el conflicto politico. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opinions o motivos politicos o ideologicos y su legitimidad » (2001) Vol. LIV ADPCP pp.175-228
- Bilbao Ubillos, Juan Maria, « La llamada ley moradaza : la ley organica 4/2015 de proteccion de la seguridad ciudadana » (2015) 36 UNED. Teoria y Realidad constitucional pp.217-260
- Bilbao Ubillos, Juan Maria, « Ordenanzas municipales y derecho de manifestacion : la responsabilidad de los organizadores » (2015) 103 Revista Espanola de derecho constitucional pp.187-197
- Bilbao Ubillos, Juan Maria, « La libertad de manifestacion a examen : Una alarma justificada ? » (2016) Rubio Llorente, Francisco, *La constitucion politica de Espana. Estudios en homenaje a Manuel Aragon Reyes*, 2016, Madrid : Centre de estudios politicos y constitucionales, pp.525-547
- Blumenwitz, Dieter, « El derecho constitutcional a la manifestacion publica » (1986) 4 Revidat de derecho Themis pp.9-16
- Boix Reig, Javier, « La difamacion en la prensa » (2000) 669 Revista general de derecho pp. 7317-7332
- Bon, Pierre, « la constitutionnalisation du droit espagnol » RFDC n 5 1991, pp. 35-54

- Bouazza Arino Omar, « Derecho de manifestacion, coercion administrativa y proporcionalidad » (2012) 30 Revista general de derecho administrativo pp.1-6
- Cabeza Pereiro, Jaima, « Sobre la no- consuncio del derecho de manifestacion. Nota a la STC 24/2015 de 16 febrero » (2015) 72 RDS pp.149-158
- Caminas Hernandez, Tasio, « Lo viejo frente a lo nuevo en el control del poder de la comunicacion : El caso del movimiento 15-M y los cambios de paradigma informativos » in Mateos Martin Concha, Ardevol Abreu Alberto Isaac, Toledano Buendia Samuel, *La comunicacion publica, secuestrada por el mercado*, III CILCS Universidad de La Laguna 2011, pp. 37-38
- Carbonell, Miguel, « Ultrajando a la constitucion la suprema corte contra la libertad de expresion » (2006) 24 Isomnia, Revista de teoria y filosofia del derecho pp.171-186
- Carretero Sanchez, Adolfo, « El exceso y abuso del derecho de manifestacion licita y su reproche penal : el delito de desordenes publicos del articulo 557 del codigo penal » (2014) 8246 Diario La ley.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, « Espana y la proteccion de los derechos humanos : el papel del tribunal europeo de derechos humanos y del tribunal constitucional espanol » (1994) 2 Archiv des Volkerrechts, pp. 193-201
- Chassin, Catherine-Amélie, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux à travers le recours d'amparo constitutionnel en Espagne » (2002) 1 CRDF p. 34 -45
- Díaz y García Conlledo, Miguel, “Delitos contra el orden público”, dans Luzón Peña, Diego Manuel, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002 1272 p.
- Diez Picazo, Luis Maria, “Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el derecho español”, in Trillo Torres Ramon, Bacigalupo Enrique, Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, *El tribunal supremo en el ordenamiento constitucional*, 2004, Jornada en conmemoracion del XXV Aniversario de la Constitucion de 1978, pp. 395-408
- Diez Picazo, Luis Maria, « Limites internacionales au pouvoir constituant » (2006)18 :1 ERPL/ REDP 109-129
- Diez Picazo, Luis y de Leon, Ponce « Tribunal constitucional y poder judicial en defensa de los derechos fundamentales » Actas de las XV Jornadas de la Asociacion de Letrados del Tribunal constitucional, Centro de estudios politicos y constitucionales, Madrid, 2010, pp.13-42
- Diez Ripollès, Jose Luis, « El nuevo modelo de la seguridad ciudadana », (2004) 49 Jueces para la democracia 13-52
- Embid Irujo, Antonio « El derecho de reunion y su proteccion. Referencia espacial a la proteccion judicial » (1983) 1 RAP 100
- Escribano Gutierrez, Juan, « Limites constitucionales al derecho de reunion y asamblea » (2003) 72 Temas Laborales pp.195-203
- Fairen Guillen, Victor, « La defensa procesal de la libertad y dignidad personales en una futura constitucion espanola : el proceso cautelar de manifestacion », (1977) 83 Revista de administracion publica pp.9-58

- Fanlo Loras, Antonio, « El derecho de reunion y de manifestacion : regimen juridico » (1994) 4 Revista aragonesa de Adm. Publica p.94-111
- Fernandez Fernandez, Alberto, « Orden público y seguridad ciudadana modificaciones normativas » (2015) 17 Revista de derecho UNED 293
- Freixes Sanjuan, Teresa, Remotti Carbonell, José Carlos, « La configuracion constitucional de la seguridad ciudadana », (1995) 87 Revista de estudios políticos pp.141-162.
- Garcia Escudero- Marquez Piedad y Pendas Garcia, Benigno, « Regimen juridico del derecho de reunion » (1986) 22 RDP (UNED) p 195-219
- Garcia de Enterría, Eduardo, « Valeur de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'Homme en droit espagnol » in *Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cari Heymanns Verlag KG, 1988, pp.221 et s.
- Goig Martínez, Juan Manuel, « El « molesto » derecho de manifestacion » (2012) 11 Revista de derecho UNED
- Izu Belloso, Miguel José, « Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978 » (1988) 58 Revista de derecho administrativo, pp. 233-254
- Javato Martín, Antonio-Maria, “Libertad de reunión y derecho penal. Analisis de los artículos 513 et 514 del Código Penal”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, Barcelone, Juillet 2011
- Jorge Barreiro, Agustin, “De los desórdenes públicos”, dans Rodríguez Mourullo Gonzalo (dir.), Jorge Barreiro Agustin (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp.1355 et s.
- Juanatey Dorado, Carmen, “Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015” (2016) 120 Cuadernos de Política Criminal pp.38-82
- Lafuente Perez, Patricia, Zugasti Azagra, Ricardo, « La irrupcion del movimiento 15-M en la campana de las electciones municipales y autonomicas de 2011 : la cobertura en El Pais y en el Mundo » in Casero- Ripollés, Andreu, *Periodismo politico en Espana : concepciones, tensiones y elecciones*, Sociedad Latina de Comunicacion social, pp. 119-132.
- Lopez Gonzalez, Jose Luis, « A proposito de la STC 66/ 1995 de 8 mayo, en torno a los limites al derecho de reunion » (1996) 48 Revista espanola de derecho constitutcional, pp.241-250
- Lopez Gonzalez, Jose Luis, « El derecho de reunion y manifestacion en la jurisprudencia del tribunal constitucional » (1997) 96 Revista de estudios politicos (Nueva Epoca) pp. 175- 194
- Lopez, Carlos, « L'adhésion de l'Espagne au Conseil de l'Europe », (2016) [en ligne] http://www.cvce.eu/obj/l_adhesion_de_l_espagne_au_conseil_de_l_europefr-008b2e64-c1cd-41f1-89ae-173532464c04.html CVCE. EU by UNI.LU
- Manzanares Samaniego, Jose Luis, « El procedimineto sancionador en el Proyecto de Ley Organica de proteccion de la seguridad ciudadana » (2014) 8412 Diario la Ley

- Manzanares Samaniego, Jose Luis, « Algunas consideraciones sobre el regimen sancionador en el proyecto de Ley organica de proteccion de la seguridad ciudadana » (2014) 8408 Diario la Ley
- Mapelli Caffarena, Borja, Asencio Cantisan, Heriberto, “La ocupación colectiva de la vía pública (Comentario a la STS de 25 de febrero de 1987)”, (1988) 10 Poder Judicial pp.145-158
- Martin de Llano, Maria Isabel, « Los derechos de participacion (I). Los derechos de reunion, manifestacion, asociacion y peticion » in Sanchez Gonzalez, Santiago (Coord.) *Dogmatica y practica de los derechos fundamentales* ; 2015, Vanelcia, Tirant Io Blanch, pp.321-353
- Martinez Garay, Lucia, Mira Benavent, Javier, « Ambito de aplicacion del articulo 129 del codigo penal y anulacion de derechos fundamentales en procedimientos penales por integracion en organizacion terrorista : el caso del derecho de reunion y manifestacion », in Carbonell Mateu, Juan Carlos, Gonzalez Cussac, Jose Luis, Orts, Berenguer, Enrique, Cuerda Arnau, Maria Luisa, *Constitucion, derechos fundamentales y sistema penal : semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Anton*, 2009, Valencia : Tirant Io Blanch p.1293-1313
- Martin Pallin, Jose Antonio, « El « escrache » : un delito o una forma de ejercitar derechos constitucionales ? » (2013) 8090 Diario La ley
- Medina Guerrero, Manuel, « El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales » (1998) 5 Cuadernos de derecho público 121 et s.
- Medina Rubio, Ricardo, « La idea de amparo y el principio de subsidiaridad » (1982) 1 Anales de la universidad de Alicante : Facultad de derecho, pp.273-291
- Moix Blazquez, Manuel, Fiscal superior de la comunidad de Madrid, « Derecho de manifestacion : algunas consideraciones acerca de su ejercicio », in del Moral Garcia Antonio et Moreno Verdejo Jaime, *Fernando Herrero-Tejedor Algar : Liber Amicorum*, 2015, Editorial Constitucion y leyes, pp.179-205
- Muerza Esparza, Julio J., « Sobre la nueva ley de seguridad ciudadana » (2015) 905 Actualidad juridica aranzadi, p. 3 et s.
- Palomeque Lopez, Manuel Carlos, « El derecho de reunion estatica en lugares de transito publico y sus limites constitucionales. Comentario sobre la STC, Sala 2a 66/1995 de 8 de mayo » (1996) 80 Civitas revista espanola de derecho del trabajo pp.1041
- Paredes Castanon, Jose Manuel, « La seguridad como objetivo politico-criminal del sistema penal », (2006) 20 Eguzkilore 129-149
- Polaino Navarrete, Miguel, “Introducción a los delitos contra el orden public. Sedicion. Atentado, Resistencia, desobediencia. Desordenes publicos”, dans Polaino Navarrete, Miguel (dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, t. II, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 529-548
- Presno Linera, Miguel Angel, « Los escraches » (2013) 37 El Cronista Del estado social y democratico de derecho pp.74-81

- Pulido Quecedo, Manuel, « Sobre el derecho de reunion » (2000) 3 repertorio Aranzadi del Tribunal constitucional pp. 1731-1733
- Requejos Pagés, Juan Luis, Duque Villanueva, Juan Carlos, Torres Muro, Ignacio, Fossas Espadaler, Enric, « Doctrina del tribunal constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2010 », (2011) 91 Revista española de derecho constitucional pp. 283-318
- Rey Martinez, Fernando, « El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 CE) » (1989) 537, Revista general de derecho, pp.3611-3631
- Rodriguez Montanes, Teresa, « Expansion del derecho penal y limites constitucionales », in Carbonell Mateu, Juan Carlos, Gonzalez Cussac, Jose Luis, Orts Berenguer, Enrique, Cuerda Arnau, Maria Luisa, *Constitucion, derechos fundamentales y sistema penal : semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Anton*, 2009, Valencia : Tirant Io Blanch p. 1655- 1672
- Roig Torres, Margarita, « Sobre la imposibilidad de crear delitos y establecer penas mediante decretos-ley » in Carbonell Mateu, Juan Carlos, Gonzalez Cussac, Jose Luis, Orts Berenguer Enrique, Cuerda Arnau, Maria Luisa, *Constitucion, derechos fundamentales y sistema penal : semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Anton*, 2009, Valencia : Tirant Io Blanch, p.1673-1700
- Romero Pena, Aleix, « Historia de un movimiento : el 15- M como expresion del malestar social » (2015) 46 Revista critica de ciencias sociales y juridicas pp.61-84.
- Ruiz Miguel, Carlos, « L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique » (2001) 10 Dossier : L'accès des personnes à la justice constitutionnelle », Cahier du Conseil constitutionnel
- Ruiz Sanchez, Ana, Ruiz Sanchez, Maria Aranzazu, « La reivindicacion de la libertad de conciencia en movimientos ciudadanos recientes en Espana : manifestaciones posteriores al 11-M y 15-M » (2013) 2 :8 Bajo Palabra Revista de Filosofia pp. 227-235
- Sanchez Garrido, Jose Antonio, « Ejercicio extralimitado del derecho de manifestacion » (2012) 7881 Diario la Ley
- Santaolalla Lopez, Fernando, « El derecho de aniestacion ante el parlamento » (2014) 91 Revista de derecho politico pp.11-42
- Sanz Perez, Angel L., « Hacia una nueva vision expansiva del derecho de reunion y de los derechos fundamentales ? » (2004)1 Repertorio Aranzadi del Tribunal constitucional
- Serrera Contreras, Pedro Luis, « El derecho de reunion y manifestacion », in Direccion general del servicio juridico del estado XII Jornadas de estudio, *Los derechos fundamentales y libertades publicas (I) Volument (II) Ministerios de justicia. Secreteria general tecnica. Centro de publicaciones*, 1992 p. 1369-1536
- Solaz Solaz, Esteban, « Los delitos contra el orden publico en la reforma del codigo penal » (2015) 114 La Ley Penal p.4 et s.

- Soler Sanchez, Margarita, « Comentario a la STECH Sunday Times c. Reino Unidos de 26 de noviembre de 1991 » (1994) 603 *Revista general de derecho*
- Solozabal Echavarria, Juan Jose, « Lutte contre le terrorisme et protection des droit fondamentaux – Espagne » (2002) AIJC pp. 151-160
- Solozabal Echavarria, Juan Jose, « Los limites de los derechos y el sistema normativo » (2003) 17 *Derecho Privado y Constitución* pp. 449-478.
- Tamarit Sumalla, Jose Maria, « Art 513 » et « Art 514 » in Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) Morales Prats, Fermin (Coord.), *Comentarios al nuevo Codigo penal*, 2016, Editorial Aranzadi, Pamplona Espana, 7è, coll Grandes Tratados p. 2374-2377
- Thierry, Maud, « Espagne: la loi Organisque 4/2015, entre sécurité des citoyens et restriction des libertés et droits fondamentaux » [en ligne] <https://blogs.parisnante.fr/blog/libert%C3%A9set-droits-fondamentaux>
- Vidal Martin, Tomas Salvador, «El derecho de reunion y de manifestacion », *Parlamento y Constitucion*, n°1, 1997, p. 267-288
- Vintro, Joan, « La protection des libertés » 2008 124 *Pouvoirs* [dossier : « L’Espagne »] 98
- Vives Anton, Tomas Salvador, Carbonell Mateu, Juan Carlos, « Delitos contra la Constitucion » en Vives Anton y otros, *Derecho penal parte especial*, 2004, Tirant Io Blanch, p.1000

4. Rapport

- Amnistry International Espana, *El derecho a protestar, amenazado*, (avril 2014), en ligne, <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/eur410012014es.pdf>

D. Europe et international

1. Ouvrage de droit européen et international généraux

- Lécuyer, Yannick, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, coll Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, Paris, Dalloz, 2009, 633p.
- Pettiti Louis-Edmond, Decaux Emmanuel, Imbert, Pierre-Henri, *La Convention européenne des droits de l’Homme : commentaire article par article*, 2è, Paris, Economica 1999, 1230 p.
- Sudre, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l’Homme*, 1997 PUF 1024 p.
- Sudre, Frédéric, Andriantsimbazovina, Joël, Gouttenoire, Adeline, Levinet, Michel, *Les grands arrêts de la cour européenne des droits de l’Homme*, PUF Thémis droit Paris 6è édition 2011. 902 p.
- Vandrooghenbroek, Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l’Homme : prendre l’idée simple au sérieux*, 2001, Bruxelles, Bruylant, collection : Publications des facultés universitaires Saint Louis, 785 p.

Velu, Jean et Ergec, Rusen, *La convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles Bruylant, 2014, 1252 p.

2. Ouvrages spécialisés

Bourrel, Antoine, Gourdou, Jean, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, Paris-Budapest-Torino, L'Harmattan, coll. « La justice au quotidien », 2003, 114 p.
 Della Porta, Donatella et Reiter, Herbert dir. *Policing protest – the control of mass demonstrations in western democracies*, Minneapolis, university of Minesota Press, 1998, 320 p.

Greer, Steven, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, 67p.

Oetheimer, Mario, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe*, Éditions A. Pedons, 2001 384 p.

Van Drooghenbroek, Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis de Bruxelles- F.U.S.L., 2002, 777 p.

Voorhoof, Dirk, *Analyse critique de la portée et de l'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Strasbourg, éd. Conseil de l'Europe, coll. « Dossiers sur les mass média », 1995, 70 p.

Zoller, Elisabeth, *La liberté d'expression aux États Unis et en Europe*, coll : Thèmes et commentaires Actes, Paris, Dalloz, 2008, 292 p

3. Article de revue droit européen

Andriantsimbazovina, Joël, « L'état et la société démocratique dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'Homme » in *Mélanges en hommages au doyen Gérard Cohen- Jonathan, Liberté, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. I p.57-58

Bindschelder, Robert, « La cour européenne des droits de l'homme devant le droit interne » (1980) 309 *Festschrift für R. Bindschelder*, Berne, p.605

Comte, Philippe, « L'application de la convention européenne des droits de l'Homme dans l'ordre juridique interne », in *Rev. De la Comm. Intern. De jur.*, 1962, p.114

Fabre-Alibert, Véronique, « La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la cour européenne » (1998) *RTDH* pp.465-496

Flauss, Jean François, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme » (1992) *RUDH* pp.461-528

Flauss, Jean François, « L'histoire dans la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'Homme » (2006) *RTDH* 7

Gérard-Cohen, Jonathan, « Liberté de circulation des informations et souveraineté des états » in Cohen Jonathan, Gérard et autres, *La circulation des informations et le droit international*, Éditions A. Pédone, 1978

- Gérard-Cohen, Jonathan, « Liberté d'expression et message publicitaire » (1993) n special « liberté d'expression » RTDH 69
- Hanotiau, Michel, « le droit à l'information » (1993) n special « liberté d'expression » RTDH 29
- Jongen, François, « La liberté d'expression dans l'audiovisuel : liberté limitée organisée et surveillée » (1993) n special « liberté d'expression » RTDH 95
- Lambert, Pierre, « La liberté d'expression et la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime » (1993) n special « liberté d'expression » RTDH 119
- Levinet, Michel, « L'incertaine détermination des limites de la liberté d'expression. Réflexions sur les arrêts de la Cour de Strasbourg en 1995-1996 à propos de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme » (1997) 5 RFDA 1003
- Massias, Florence, « La liberté d'expression et le discours raciste ou révisionniste » (1993) RTDH 191
- Ost, François « le concept de démocratie dans la JP de la Cour EDH », J. des proc. 4 Mars 1988, n 24 p.19
- Redor, Marie Joëlle, « La société démocratique européenne » dans Constance Grewe (dir), Questions sur le droit européen, actes du colloque de Caen (23 février 1996), PUC, aux p. 69-98
- Rigaux, Marie-Françoise, « La licéité des restrictions et des interdictions préventives. Quelques réflexions » (1993) 13 RTDH pp.57-67.
- Saulius, Katuoka, « Le droit de protester en tant que forme spécifique de l'exercice du droit de réunion » (2014) 2 21 Jurisprudencija: mokslo darbai 461
- Sermet, Laurent « Le contrôle de proportionnalité dans la convention européenne des droits de l'Homme : présentation générale » (2009) 46 LPA pp.26-31
- Spielmann, Alfonse. « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'abus de droit » in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant Bruxelles, 1998, pp.673-686
- Sudre, Frédéric, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme » in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cari Heymans Verlag KG, 2000.
- Szymczak, David, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen » in Potvins-Solis, Laurence (dir), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, 2012 pp 445-461
- Van der Meersch, Ganshof, « La Convention européenne ... et les limites » (p.154), « le caractère « autonome », p.209 in Van der Meersch, Ganshof, *Organisation européenne* p. 260-275.
- Vegleris, Phédon, « Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la convention européenne des droits de l'homme » (1968) 1 RDH 230

Vegleris, Phédon, « Valeurs et signification de la clause dans une société démocratique dans la convention européenne des droits de l'Homme », R.D.H, 1968, p. 219-242
Wacshmann, Patrick, « participation, communication, pluralisme » (1998) n spécial droits fondamentaux, Actualité juridique de droit administratif 165.